Coleção PREPARANDO PARA CONCURSOS

Questões discursivas comentadas

Organizadores: Leonardo de Medeiros Garcia e Roberval Rocha

Coordenadora: Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento

MINISTÉRIO PÚBLICO — RJ

Promotor de Justiça

INCLUI

- ✓ **121 questões discursivas**
- ✓ Provas preliminares e especializadas
- ✓ Extraídas exclusivamente dos XXXI, XXXII e XXXIII Concursos para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
- ✓ Analisadas e respondidas por membros da carreira
- ✓ Separadas por ramo do Direito

AUTORES

- Adriana Garcia Pinto Coelho
- André Gonçalves Morgado
- Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento
- Bianca Chagas de Macêdo Gonçalves
- Bruno Rinaldi Botelho
- Carolina Magalhães do Nascimento
- Eduardo Fonseca Passos de Pinho
- Giselle Guimarães Giovannoni Grizotti
- Leonardo Zulato Barbosa
- Lucas Fernandes Bernardes
- Ludmila Bissonho Rodrigues
- Marcelo Winter Gomes
- Marco Antonio Santos Reis
- Mariana Trino de Medeiros
- Matheus Gabriel dos Reis Rezende
- Michel Queiroz Zoucas
- Michelle Bruno Ribeiro
- Paula Cunha Basilio
- Rafael Thomas Schinner
- Roberta Gomes da Silva Jorio
- Uriel Gonzalez Soares Fonseca
- Vanessa Cristina Gonçalves Gonzalez
- Vania Cirne Manhães

DISCIPLINAS

- **DIREITO ADMINISTRATIVO**
- **DIREITO CIVIL**
- **DIREITO DIREITO CONSTITUCIONAL**
- **DIREITO ELEITORAL**
- **DIREITO EMPRESARIAL**
- **DIREITO PENAL**
- **DIREITO PROCESSUAL CIVIL**
- **DIREITO PROCESSUAL PENAL**
- **DIREITO TRIBUTÁRIO**
- **PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

www.editorajuspodivm.com.br

Coleção PREPARANDO PARA CONCURSOS

Questões discursivas comentadas

Organizadores: **Leonardo de Medeiros Garcia e Roberval Rocha**

Coordenadora: **Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento**

MINISTÉRIO PÚBLICO – RJ

Promotor de Justiça

INCLUI

- ✓ **121 questões discursivas**
- ✓ Provas preliminares e especializadas
- ✓ Extraídas exclusivamente dos XXXI, XXXII e XXXIII Concursos para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
- ✓ Analisadas e respondidas por membros da carreira
- ✓ Separadas por ramo do Direito

AUTORES

- Adriana Garcia Pinto Coelho
- André Gonçalves Morgado
- Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento
- Bianca Chagas de Macêdo Gonçalves
- Bruno Rinaldi Botelho
- Carolina Magalhães do Nascimento
- Eduardo Fonseca Passos de Pinho
- Giselle Guimarães Giovannoni Grizotti
- Leonardo Zulato Barbosa
- Lucas Fernandes Bernardes
- Ludimila Bissonho Rodrigues
- Marcelo Winter Gomes
- Marco Antonio Santos Reis
- Mariana Trino de Medeiros
- Matheus Gabriel dos Reis Rezende
- Michel Queiroz Zoucas
- Michelle Bruno Ribeiro
- Paula Cunha Basílio
- Rafael Thomas Schinner
- Roberta Gomes da Silva Jorio
- Uriel Gonzalez Soares Fonseca
- Vanessa Cristina Gonçalves Gonzalez
- Vania Cirne Manhães

DISCIPLINAS

- **DIREITO ADMINISTRATIVO**
- **DIREITO CIVIL**
- **DIREITO CONSTITUCIONAL**
- **DIREITO ELEITORAL**
- **DIREITO EMPRESARIAL**
- **DIREITO PENAL**
- **DIREITO PROCESSUAL CIVIL**
- **DIREITO PROCESSUAL PENAL**
- **DIREITO TRIBUTÁRIO**
- **PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

2016

www.editorajuspodivm.com.br

AUTORES

Adriana Garcia Pinto Coelho
Promotora de Justiça Substituta do MPRJ (XXXIII Concurso). Pós-graduada em Direito pelo ISMP, Bacharel em Direito pela UFRJ.

André Gonçalves Morgado
Promotor de Justiça Substituto do MPRJ (XXXIII Concurso). Bacharel em Direito pela UERJ.

Bianca Chagas de Macêdo Gonçalves
Promotora de Justiça Substituta do MPRJ (XXXIII Concurso). Concluiu o curso de Direito da EMERJ, Bacharel em Direito pela UFJF.

Bruno Rinaldi Botelho
Promotor de Justiça Substituto do MPRJ (XXXIII Concurso). Bacharel em Direito pela UERJ.

Carolina Magalhães do Nascimento
Promotora de Justiça Substituta do MPRJ (XXXIII Concurso). Pós-graduada em Direito Privado pela UGF, Bacharel em Direito pela UFRJ.

Eduardo Fonseca Passos de Pinho
Promotor de Justiça Substituto do MPRJ (XXXIII Concurso). Pós-graduado em Direito pela EMERJ, Bacharel em Direito pela UFRJ.

Giselle Guimarães Giovannoni Grizotti
Promotora de Justiça Substituta do MPRJ (XXXIII Concurso). Bacharel em Direito pela UFRJ.

Leonardo Zulato Barbosa
Promotor de Justiça Substituto do MPRJ (XXXIII Concurso). Bacharel em Direito pela UBM.

Lucas Fernandes Bernardes
Promotor de Justiça Substituto do MPRJ (XXXIII Concurso). Especialista em Direito Privado pela UCAM. Bacharel em Direito pela UFOP.

Ludimila Bissonho Rodrigues
Promotora de Justiça Substituta do MPRJ (XXXIII Concurso). Pós-graduada em Direito pela EMERJ, Bacharel em Direito pela UNIFLU.

Marcelo Winter Gomes
Promotor de Justiça Substituto do MPRJ (XXXIII Concurso).Bacharel em Direito pela UFRJ.

Marco Antonio Santos Reis
Promotor de Justiça Substituto do MPRJ (XXXIII Concurso). Mestre em Direito Penal pela UERJ, Bacharel em Direito pela UFRJ.

Mariana Trino de Medeiros
Promotora de Justiça Substituta do MPRJ (XXXIII Concurso). Bacharel em Direito pela UERJ.

Matheus Gabriel dos Reis Rezende
Aprovado no XXXIII Concurso para Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (MG).

Michel Queiroz Zoucas
Promotor de Justiça Substituto do MPRJ (XXXIII Concurso). Pós-graduado em Direito Penal, Processual Penal, Constitucional e Administrativo pela UVA, Bacharel em Direito pela UFRJ.

Michelle Bruno Ribeiro
Promotora de Justiça Substituta do MPRJ (XXXII Concurso). Bacharel em Direito pela UERJ.

Paula Cunha Basílio
Promotora de Justiça Substituta do MPRJ (XXXIII Concurso). Pós-graduada em Direito pela EMERJ, Bacharel em Direito pela UERJ.

Rafael Thomas Schinner
Promotor de Justiça Substituto do MPRJ (XXXIII Concurso). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UNIDERP, Bacharel em Direito pela UFRJ.

Roberta Gomes da Silva Jorio
Promotora de Justiça Substituta do MPRJ (XXXIII Concurso). Bacharel em Direito pela UERJ.

Uriel Gonzalez Soares Fonseca
Promotor de Justiça Substituto do MPRJ (XXXIII Concurso). Bacharel em Direito pela UERJ.

Vanessa Cristina Gonçalves Gonzalez
Promotora de Justiça Substituta do MPRJ (XXXIII Concurso). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo.

Vania Cirne Manhães
Promotora de Justiça Substituta do MPRJ (XXXIII Concurso). Bacharel em Direito pela UFF.

Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento
Autora e Coordenadora do Livro
Promotora de Justiça Substituta do MPRJ (XXXIII Concurso). Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UERJ, pós-graduada em Direito pela EMERJ, Bacharel em Direito pela UERJ.

APRESENTAÇÃO

Somos um grupo de recém aprovados nos XXXIII e XXXII concursos de ingresso no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Com este livro, desejamos compartilhar um pouco de nossa experiência, ajudando aqueles que almejam o cargo de Promotor de Justiça.

O concurso do MPRJ apresenta peculiaridades. Tradicionalmente as provas escritas são todas discursivas, desde a primeira fase. A chamada prova preliminar exige do candidato um grande poder de síntese, ao exigir respostas com limite de linhas mas que não podem ser superficiais. Ou seja, o candidato deve conseguir mostrar profundidade de conhecimento em pouco espaço.

Além disso, a banca não oferece padrão de resposta e as questões não aparentam ter gabarito fechado, de modo que é possível que candidatos que optem por soluções diversas, mas façam a correta exposição do tema, sejam igualmente bem pontuados.

Portanto, é preciso destacar que as respostas apresentadas nesta obra são sugestões elaboradas por candidatos que foram aprovados neste concurso. Não pretendemos formar um gabarito, mas sim passar nossa percepção acerca daquilo que acreditamos que a banca gostaria de ler.

Após cada questão, o leitor encontrará uma **sugestão de resposta**, elaborada por nós como uma proposta daquilo que poderia ser literalmente escrito na prova pelo candidato. Além disso, quando necessário, os autores apresentarão **comentários** adicionais, que aprofundam o tema para ajudar no estudo ou fornecem dicas pontuais.

Nesse contexto, sempre que possível, nos esforçamos para nos manter fiéis a respostas efetivamente apresentadas por nós nas provas e bem pontuadas. Esperamos que a variedade de autores com diferentes perspectivas de enfrentamento das questões mostre ao candidato os elementos essenciais, aqueles que devem estar presentes para que uma resposta seja bem pontuada, e aqueles que podem variar de acordo com o estilo pessoal, especialmente nas provas específicas, que exigem um maior desenvolvimento dos temas.

Registre-se que nesse modelo de prova, o estudo da banca, embora não seja imprescindível, é muito importante. Recomenda-se ao candidato a leitura dos livros e artigos dos examinadores. Isso fará com que ele se familiarize com os termos e temas de interesse deles e da instituição.

Aliás, é fundamental que o candidato a Promotor de Justiça esteja atualizado com as mais recentes discussões envolvendo o Ministério Público. A título de exemplo, na prova de Direito Constitucional do XXXIII Concurso foi cobrado o papel do Conselho

Nacional do Ministério Público – CNMP. Além disso, o conhecimento da atuação extrajudicial do MP, no âmbito dos termos de ajustamento de conduta, do inquérito civil e da tutela coletiva como um todo tornou-se fundamental.

Tal ponto é tão importante que gerou uma alteração no concurso. A Lei Complementar 106/2003 do Estado do Rio de Janeiro, lei orgânica do MPRJ, foi alterada no ano de 2014 para inserir a obrigatoriedade de questões sobre Tutela Coletiva e Infância e Juventude a partir do XXXIV concurso.

Portanto, como parte de sua preparação, o candidato deve também conhecer a legislação de regência do concurso e acompanhar as suas eventuais alterações.

Resolvemos neste livro todas as questões dos concursos XXXI, XXXII e XXXIII do MPRJ. Os cadernos de questões desses e de concursos anteriores estão disponíveis no site http://www.mprj.mp.br/concursos/promotor-de-justica.

Desejamos bons estudos e boa sorte!

Bárbara Nascimento

SUMÁRIO

DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1. PROVAS PRELIMINARES

(XXXIII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2014) *QUESTÃO 16 - Direito Administrativo - No início de 2014, por ocasião de auditoria interna determinada pelo Chefe do Executivo, são localizados nos arquivos de determinado município fluminense inúmeros processos administrativos com decisão concessiva de aposentadoria e de fixação de proventos de ex-servidores em valores elevados. Como desdobramento dos trabalhos de auditoria, e não obstante contivessem decisões concessivas emanadas de agentes que integraram administração anterior, finda no ano de 2008, tais processos são remetidos ao TCE. Ao tomar conhecimento dos referidos atos, a Corte de Contas glosa o valor dos proventos por verificar que foram fixados contra legem, em patamar manifestamente superior ao devido e, em paralelo, dá ciência de sua decisão ao Ministério Público, onde é instaurado Inquérito Civil. Em sede judicial, os beneficiários dos atos concessivos de aposentadoria questionam a decisão do TCE sob os argumentos de violação ao contraditório, por não terem sido notificados a apresentar defesa, e decurso do prazo decadencial de 5 (cinco) anos para revisão e anulação dos atos administrativos. Já nos autos do Inquérito Civil, os agentes públicos responsáveis à época pela prática dos atos impugnados alegam a prescrição da eventual pretensão condenatória por ato de improbidade e pleiteiam o arquivamento do procedimento. Isto posto, analise objetiva e sucintamente, apontando a norma legal aplicável: a) a pretensão judicialmente apresentada contra a decisão do TCE; b) os argumentos aduzidos nos autos do Inquérito Civil, indicando se e qual providência poderia adotar o Promotor de Justiça em face dos agentes públicos que praticaram os atos. Resposta objetivamente fundamentada.*

Autor: Bruno Rinaldi

Sugestão de resposta

A) A pretensão em questão não merece prosperar, pois o ato de aposentação é complexo, exigindo em sua gênese dois atos: a concessão e a chancela pelo Tribunal de Contas, conforme art. 71, III, da Constituição da República. Logo, no exemplo apresentado, como não ocorrera a apreciação pelo TCE, ainda não havia se dado o termo inicial do prazo decadencial, mostrando-se possível a glosa. Além disso, conforme Súmula Vinculante nº 03, não se pode falar em violação ao contraditório. B) Considerando o teor do art. 23, I, da Lei nº 8.429/92, de fato as penas relativas aos atos de improbidade já

prescreveram. Contudo, em atenção ao art. 37, §5º, da Constituição da República, é possível ainda perquirir o ressarcimento ao erário pelos pagamentos indevidos, podendo ser ajuizada ação civil pública.

Comentário

Na questão em tela, são dois os aspectos a serem considerados. Inicialmente, nota-se a exigência de conhecimento atualizado da jurisprudência dos Tribunais Superiores, veiculada nos boletins informativos de jurisprudência. Além disso, é essencial que o candidato seja sucinto e direto em sua resposta, abordando sem delongas os questionamentos propostos. Foi nesse sentido que se propôs a resposta.

(XXXIII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2014) *Questão 17 - Direito Administrativo - O prefeito da cidade de Porto Novo, no primeiro dia de seu mandato, nomeou para os cargos comissionados de Secretário Municipal de Saúde e de assessor jurídico da Secretaria Municipal de Governo, respectivamente, seu irmão e seu filho. No dia seguinte à formalização do ato de nomeação, o titular da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Porto Novo tomou conhecimento dos fatos através de representação anônima encaminhada ao órgão de execução de sua titularidade, instruída com cópia da respectiva documentação comprobatória. Diante da comprovação dos fatos, indaga-se: na condição de Promotor de Justiça com atribuição legal para o caso, quais medidas deveriam ser adotadas?*

Autora: Bárbara Nascimento

Sugestão de resposta

Com relação ao Secretário Municipal, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que não há violação à Constituição nem à Súmula Vinculante 13, pois se trata de cargo político e cargos políticos não estão abrangidos pela SV 13. Nesse ponto, a representação deve ser indeferida de plano. Contudo, com relação à nomeação do filho como assessor jurídico, está configurado o nepotismo vedado pela SV 13. O promotor deve propor ação civil pública por improbidade administrativa em face do Prefeito e de seu filho, alegando violação ao princípio da impessoalidade (art. 11, Lei 8.429/92), com pedido liminar de afastamento do cargo sem recebimento de remuneração e, ao final, sua demissão e restituição de valores eventualmente recebidos.

Comentário

A presente questão cobrou conhecimento atualizado da jurisprudência dos tribunais superiores, mostrando a importância da leitura periódica de informativos.

(XXXII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2011) *16ª questão - Direito Administrativo - Permissionário de serviço público estadual passa a descumprir as obrigações que regem a execução do serviço, não sanando as irregularidades nem mesmo após a notificação do permitente, para viabilizar o contraditório e a ampla defesa. Pode o permitente declarar a caducidade do ajuste? Fundamente a resposta. RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.*

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

Sim. A caducidade, enquanto modalidade extintiva da concessão mediante rescisão unilateral do contrato em virtude de comportamento violador das obrigações que regem a execução do serviço, também se aplica às hipóteses de permissão em virtude do comando do art. 40, parágrafo único da Lei 8.987/89 e art. 6º, parágrafo único da Lei Estadual-RJ, n. 2831/97, as quais permitem a aplicação à permissão das normas atinentes às concessões no que couber. A hipótese diz respeito à fiscalização do delegante e dos encargos do delegatário, o que faz incidir à permissão as regras referentes à concessão. Frise-se que a declaração de caducidade pelo Estado requer a observância da a) notificação ao concessionário ou permissionário quanto ao descumprimento, recomendando-se a adequação da conduta dentro de determinado prazo e b) da instauração de processo administrativo a fim de se respeitar a ampla defesa e contraditório. Ao final, se for o caso, declarar-se-á a caducidade por decreto expedido pelo chefe do executivo.

Comentário 1

Conforme salienta José dos Santos Carvalho Filho, examinador do concurso e notável jurista:

"Sem embargo da denominação, a caducidade não deixa de ser o efeito extintivo decorrente de atuação culposa do concessionário...(...). A declaração de caducidade impõe a observância prévia de algumas formalidades, ensejando atividade vinculada dos agentes da Administração. Primeiramente, o concessionário deve receber a comunicação do seu descumprimento e a recomendação de ser sanada a irregularidade em certo prazo. Somente após é que o concedente instaurará processo administrativo, assegurando-se ampla defesa ao concessionário. Sendo constatada a inadimplência deste, o concedente declarará a caducidade por decreto expedido pelo Chefe do Executivo. Da indenização devida pelo concedente, relativa aos bens do concessionário, serão descontados as multas e os danos por ele causados. (...) Não cremos que essa seja a situação jurídica do permissionário diante do contrato que celebrou com o Poder Público. A conclusão, diga-se de passagem, emana do próprio art. 40, parágrafo único, da Lei, que admite a incidência na permissão de regras inerentes à concessão. Ora, como em relação a esta, o desfazimento unilateral do contrato pela Administração por razões de interesse público a obriga a indenizar o concessionário, o mesmo é de se esperar que ocorra com o permissionário, que, afinal, está prestando o mesmo serviço público que o concessionário poderia executar.(...) A fiscalização é poder jurídico intrínseco a quem delega o serviço. Tem, pois, o permitente o poder (e, por isso, o dever) de verificar se a

comunidade destinatária dos serviços os tem recebido a contento. Se não os tem, é porque o permissionário se desviou do objetivo de interesse público a que se comprometeu quando se propôs a prestar o serviço. E nesse caso a Administração deverá tomar as medidas necessárias para recompor a situação que propicie o benefício coletivo. (...) Por fim, incidem também as regras pertinentes aos encargos do concedente e do concessionário e aquelas que espelham direitos dos usuários..." (In: Manual de Direito Administrativo. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 405, 416,418,419)

***(XXXII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2011)** 17ª questão - Direito Administrativo - É juridicamente possível que ato administrativo praticado no Poder Legislativo seja anulado diretamente pelo Supremo Tribunal Federal? Fundamente a resposta.*

Autor: Eduardo Fonseca

Sugestão de resposta

Os atos administrativos geralmente são praticados pelo Poder Executivo, mas os outros Poderes (Judiciário e Legislativo) também podem praticá-los, desde que no exercício de uma função administrativa. Por sua vez, a anulação do ato administrativo é espécie de extinção do ato por motivo de ilegalidade, podendo ser feita pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário. Nesta última hipótese, em regra, o ato não é anulado diretamente pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, em certos casos, é possível que o STF anule diretamente ato administrativo praticado no Poder Legislativo. É o caso, por exemplo, de Ação Direta de Inconstitucionalidade que tenha por objeto um ato normativo editado pelo Legislativo. Sendo o ato normativo espécie de ato administrativo, conclui-se que o STF, ao julgar procedente uma ADI, anula diretamente o ato administrativo praticado no Poder Legislativo. Outro exemplo é o do mandado de segurança impetrado por parlamentar com o objetivo de fazer prevalecer o direito subjetivo dos membros do Congresso Nacional à correta observância das regras do processo legislativo. Tal remédio constitucional tem por objeto um ato administrativo praticado pelo Legislativo, sendo certo que o STF, ao julgar o writ, irá anular diretamente tal ato.

***(XXXI Concurso - PROVA PRELIMINAR -2009)** Questão 16 - Direito Administrativo - Quaisos elementos jurídicos e fáticos que impedem a Administração Pública de exercer o princípio da revogabilidade dos atos administrativos? RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.*

Autor: Leonardo Zulato

Sugestão de resposta

A revogação é a extinção de um ato administrativo anterior por razões de conveniência e oportunidade. Contudo, a revogabilidade do ato administrativo não é ilimitada. Como limitação fática, verifica-se que os atos que já exauriram seus efeitos não podem ser revogados pela impossibilidade de se atingir aquilo que já se esgotou. Em relação à limitação jurídica, afere-se que os atos vinculados, os atos complexos, os atos irrevogáveis por lei e os meros atos administrativos (certidões etc.) não podem ser revogados. Isso porque a regulamentação normativa destas espécies de atos retira a possibilidade de atuação discricionária do administrador, ou seja, não há análise de conveniência e oportunidade nestes. Ademais, os atos que integram procedimento ou que o decidem são alcançados pela preclusão processual e, por isso, também não podem ser revogados. Por fim, os atos que geram direitos adquiridos são intangíveis e irrevogáveis, conforme artigo 5º, XXXVI da CRFB/88.

Comentário 1

Resposta baseada em Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª Edição. 2ª Tiragem. Lumes Juris Editora, fls.186; e Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª Edição. Editora Malheiros, fls. 464/466.

Comentário 2

Os artigos 53, 54 e 55 da Lei n.º 9.784/99 cuidam de hipóteses de extinção do ato administrativo, quais sejam, anulação, revogação e convalidação. O enunciado n.º 473 da súmula de jurisprudência dominante do E. Supremo Tribunal Federal também trata do tema.

***(XXXI Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2009)** 17ª questão – Direito Administrativo – É juridicamente possível que o possuidor de terreno público tenha direito adquirido à outorga de concessão de uso especial para fins de moradia? É cabível esse tipo de concessão no que concerne a imóveis funcionais no âmbito da administração federal?*

Autora: *Michelle Ribeiro*

Sugestão de resposta

Tal possibilidade foi prevista na Medida Provisória 2.220 de 04/09/2001 e depois inserida na Lei Federal 9636/98 através da Lei federal nº 11481/2007. Conforme art. 1º da MP 2.220/2001 os pressupostos para a concessão de uso especial para fins de moradia são: posse por cinco anos até 30 de junho de 2001; posse ininterrupta e pacífica de imóvel urbano público de até 250m²; que o uso do terreno seja para fins de moradia do

possuidor ou de sua família e que o possuidor não tenha a propriedade de outro imóvel urbano ou rural. Para José dos Santos Carvalho Filho, trata-se de direito subjetivo à outorga da concessão desde que cumpridos os requisitos legais, sendo ato administrativo vinculado. Quantos aos imóveis funcionais no âmbito da administração federal, tal concessão não é cabível, em razão da vedação legal contida no §1° do art. 22-A da Lei federal nº 9636/98.

Comentário 1

Para José dos Santos Carvalho Filho a concessão de uso especial para fins de moradia tem natureza jurídica de ato administrativo vinculado, ou seja a lei que criou o instituto (Lei nº 11481/2007 que inseriu o artigo 22-A na Lei 9636/98) não deu margem de discricionariedade para a Administração Pública conceder tal direito, que consiste, portanto em direito subjetivo do administrado, desde que cumpridos os requisitos previsto na Medida Provisória 2.220 de 04/09/2001.

A lei federal nº 11481/2007 também foi responsável por alterar a redação dos artigos 1225 e 1473 do Código Civil, inserindo a concessão de uso especial para fins de moradia como direito real e possibilitando que esse direito possa ser objeto de hipoteca.

Comentário 2

Ainda por Carvalho Filho, esse direito real surgiu da necessidade de se criar um instituto similar ao usucapião especial de imóvel urbano, previsto no artigo 183, §3º da CRFB e regulado pelo artigo 9º da Lei nº 10257/2001 (Estatuto da Cidade), já que os imóveis públicos não são suscetíveis de ser adquiridos por usucapião.

Comentário 3

Conforme apontado por MarçalJusten Filhoem seu livro Curso de DireitoAdministrativo, essa modalidade de concessão admite, conforme artigo 2º da Medida Provisória nº 2.220/2001, modalidade coletiva, na hipótese de posse conjunta e indistinta por conjunto de pessoas para fins de moradia, admitindo-se nessa hipótese que o imóvel tenha área superior a 250 m², mas devendo ser atribuída a cada possuidor uma fração ideal não superior a esse limite.

Comentário 4

Imóveis funcionais são as unidades residenciais de propriedade da União localizadas na capital do país. Residências de outros estados, ainda que pertencentes a órgãos públicos federais e destinadas a servidores públicos não fazem parte desse universo.

1.2. PROVAS ESPECIALIZADAS

(XXXIII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO – 2014) 1ª Questão – Criado por lei municipal que lhe atribui papel estritamente consultivo, o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano de Arara Azul, município de 390 mil habitantes, reunido em caráter extraordinário, resolveu encaminhar representação à Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva local aduzindo, em síntese, o seguinte:

a. que não obstante tivesse o Conselho recomendado ao Prefeito a realização de audiência pública com ampla e prévia divulgação antes do encaminhamento à Câmara Municipal do projeto de lei do orçamento anual, aquele ignorara a recomendação;

b. que o Prefeito igualmente ignorara requerimento do Conselho no sentido da revisão do plano diretor, aprovado em 2003;

c. que o Chefe do Executivo, à guisa de dar cumprimento ao plano diretor, lançara uma operação urbana consorciada, para tanto encaminhando projeto de lei à Câmara Municipal sem atender às solicitações de prévio acesso pelo Conselho aos documentos e levantamentos pertinentes e de que se realizasse audiência pública com representantes da comunidade atingida pela referida operação.

Instaurado Inquérito Civil pelo Promotor de Justiça e ouvido o Prefeito, este alega que efetivamente consultara o Conselho em todas as oportunidades, como determina o Plano Diretor, mas que, em razão do caráter consultivo daquelas manifestações, não estava obrigado a realizar audiência ou debate prévio ao encaminhamento da proposta orçamentária nem a revisar necessariamente o Plano Diretor, e que este, aliás, se mostrava ainda bastante atual e adequado à realidade municipal. Alegou, ainda, que a implementação do plano diretor é um dever do Chefe do Executivo, não havendo qualquer vício na deflagração da referida operação urbana.

Assiste razão ao Conselho nos pontos suscitados na representação? Caso positiva a resposta, quais as providências a serem adotadas visando à satisfação prática do que postulam os membros do Conselho com relação aos pontos em que lhes assiste razão? Há alguma providência a adotar com relação à conduta do Chefe do Executivo? Resposta fundamentada.

Autora: Bárbara Nascimento

Sugestão de resposta

A Lei 10.257/2001, Lei de Política Urbana, é uma lei de caráter nacional, fundamenta-se nos artigos 182 e 183 da CRFB e visa a uma gestão participativa e democrática da cidade.

O Estatuto da Cidade, portanto, foi editado a luz deste paradigma de constitucionalismo participativo e democrático, que busca um cidadão ativo, não apenas um cidadão que vota. O conceito clássico de cidadania na sociologia é encontrado em T.H. Marshall, para quem a cidadania é um status outorgado àquele que é membro pleno de uma comunidade. Como ser membro pleno de uma comunidade (a cidade) sem possibilidade de participação em sua gestão democrática? Isso não é possível. Portanto, o Estatuto da Cidade traz instrumentos para viabilizar tal participação, promovendo a cidadania e reaproximando o cidadão do Estado. Essas são suas bases teóricas.

No caso concreto posto, a análise deve ser realizada em partes.

Quanto ao item a, a discussão é sobre o chamado orçamento participativo (art. 4º, III, f, Lei 10.257/2001). O art. 44 da Lei 10.257/2001 exige a realização de audiência pública sobre a proposta de lei orçamentária como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal. Contudo, não diz que isso deve se dar antes do encaminhamento da lei ao legislativo. Portanto, o debate político propiciado pela audiência pública pode se dar quando o projeto estiver na Câmara, desde que antes de sua aprovação, sem vício para o processo legislativo.

Quanto ao item b, o plano diretor foi aprovado em 2003. O art. 40, §3º, da Lei 10.257/01, estabelece que ele deve ser revisto a cada 10 anos. Em 2014, portanto, passaram-se mais de 10 anos. Note-se também que o plano é obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes (art. 41, I, Lei 10.257/01), o que inclui o Município de Arara Azul.

Diante disso, equivoca-se o Prefeito ao afirmar que não está obrigado a revisar o plano, pois ele está obrigado pela lei. O descumprimento de tal obrigação é tão sério que gera uma hipótese própria de improbidade administrativa do Prefeito (art. 52, VII, Lei 10.257/01).

Quanto ao item c, a operação urbana consorciada é prevista como instrumento do Estatuto da Cidade no art. 4º, V, p, e nos artigos 32 a 34. De fato, o cumprimento do plano diretor é um dever do Prefeito, mas à luz dos princípios previamente expostos, não pode ser executado de forma arbitrária. Por isso o art. 40, §4º, I, II e III, da Lei 10.257/01, prevê que na fiscalização e na implementação do plano diretor, o Legislativo e o Executivo devem garantir a realização de audiências públicas e o acesso e publicidade das informações. Mais uma vez, o descumprimento de tais obrigações pelo Prefeito enseja a hipótese típica de improbidade do art. 52, VI, da Lei 10.258/01.

Assim, com relação à conduta do Prefeito, é possível que o Promotor proponha ação de improbidade administrativa pelos fundamentos já narrados.

Para a satisfação prática do que postulam os membros do Conselho, com relação aos pontos em que lhes assiste razão, o membro do MP pode expedir uma recomendação, propor um termo de ajustamento de conduta para ver os referidos direitos assegurados (lembrando que isso não é possível no caso da improbidade - art. 17, §1º, Lei 8.429/92) ou propor ação civil pública com fundamento no art. 1º, VI, da Lei 7.347/85.

(XXXIII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO – 2014) *2ª Questão – Esclareçase o parecer do procurador do Município, uma vez adotado como fundamento do subsequente ato administrativo lesivo ao Erário, pode ensejar a responsabilização daquele por ato de improbidade administrativa, e, se positiva a resposta, em quais circunstâncias. Neste caso, analise ainda a responsabilidade do ordenador de despesas que praticou o ato lesivo com base no aludido parecer. Tendo ocorrido eventual absolvição de ambos em processo administrativo disciplinar interno, que efeitos isto seria sobre a apuração das condutas em sede de tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas ou ainda em sede de Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público para a apuração da responsabilidade dos envolvidos? Resposta fundamentada.*

Autora: Vania Cirne

Sugestão de resposta

Os pareceres consubstanciam espécies de atos administrativos, por meio dos quais são emitidas opiniões de determinados agentes públicos acerca de matéria submetida à sua apreciação.

Os pareceres podem ser facultativos ou obrigatórios. Facultativos quando a Administração Pública não está obrigada a formalizar a elaboração do parecer para a prática de certo ato. Obrigatórios quando são emitidos como preliminar à emanação do ato que lhe é próprio, em virtude de solicitação de órgão ativo ou de controle. Nesse caso, o ato administrativo é integrado pelo parecer, devendo este conter, portanto, todos os elementos necessários à sua validade (competência, forma, finalidade, motivo e objeto). Ausente quaisquer dos preditos elementos, o ato será eivado de ilegalidade.

Via de regra, o parecer não é vinculante, ou seja, não está o administrador público a adotar as razões do parecer, quando emanar o ato administrativo.

Aprovado o parecer, o mesmo passa a integrar o ato, sendo utilizado como fundamento do mesmo. Cumpre ressaltar que o parecer e o ato que o aprova constituem atos administrativos distintos. Destarte, não podem ser emanados pelo mesmo agente.

Não cabe a responsabilização do parecerista pelo ato praticado pelo Administrador Público, calcado em seu parecer, salvo se este for emitido dolosamente, configurando ato de improbidade administrativa.

Nesse viés, o parecer do procurador do Município, adotado como fundamento de ato administrativo lesivo ao Erário, pode ensejar a responsabilização, caso aquele tenha atuado dolosamente, incorrendo em improbidade administrativa.

Vale ressaltar que o artigo 38 da Lei 8666/93 impõe a emissão de parecer jurídico para a aprovação ou ratificação de convênios ou contratos administrativos. Todavia, como para tais atos é necessária a concorrência de condutas de diversas outras pessoas, somente cabe a responsabilização do parecerista quando este agir dolosamente, repise-se.

Impende consignar que parte da doutrina concebe a existência de pareceres vinculantes, ou seja, aqueles exigidos por lei para a feitura de determinado ato administrativo, e que não permitem à autoridade decisória a adoção de conclusão diversa do contida no parecer.

Conforme outra corrente de pensamento, constituindo o parecer mera emissão de opinião, seria um contra senso considerá-lo como vinculante, eis que o parecerista seria transmudado em autoridade decisória.

Não obstante, agindo o parecerista de forma dolosa e emitindo parecer que leve a autoridade a praticar ato ímprobo, deverá aquele ser responsabilizado solidariamente com esta.

No tocante à possibilidade de responsabilização dos agentes públicos em sede de tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas ou em Inquérito Civil, em que pese a absolvição na seara administrativa disciplinar, cabe ressaltar que a independência entre as instâncias autoriza a aludida responsabilização.

Como é cediço, o processo administrativo disciplinar constitui instrumento de apuração, pela Administração, de apurações praticadas por agentes públicos, em seu âmbito. A legislação aplicável ao referido processo deve emanar do próprio ente público, em razão da competência legislativa dos entes da Federação. Ocorre que, nem sempre o ato que enseja responsabilidade (civil ou na esfera do Tribunal de Contas) irá corresponder a uma infração disciplinar. Nesse diapasão, mesmo não sendo aplicada punição disciplinar, poderá haver a responsabilização em outras esferas.

Outrossim, as demais autoridades não estão adstritas à decisão prolatada em sede de processo administrativo disciplinar. O membro do Ministério Público, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, pode instaurar inquérito civil, com vistas à apuração de ato de improbidade administrativa, para angariar elementos necessários à propositura de ação de improbidade, com fulcro na Lei 8.249/92 c/c artigo 8º, § 1º, da Lei 7.347/1985.

Da mesma forma, o Tribunal de Contas procederá à tomada de contas, exercendo o controle financeiro externo da Administração Pública, no uso de sua atribuição constitucional (artigo 71 da CRFB), independentemente do resultado do processo administrativo disciplinar. Impende observar que as decisões do Tribunal que resultem em imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo judicial, nos termos do artigo 73, § 3º, da CRFB.

Cabe asseverar que, consoante a doutrina, o Tribunal de Contas, no uso de sua competência para sustar atos administrativos, deve observar os princípios constitucionais inarredáveis do contraditório e da ampla defesa, quando de tais decisões puder decorrer a anulação ou a revogação de ato que beneficie o interessado. Nesse diapasão, foi editada a Súmula Vinculante nº 03 ("Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação do ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação de legalidade do ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão").

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE ADMINISTRATIVO – 2012) *1ª questão – Irresignada com determinado ato administrativo, contra o qual era previsto recurso administrativo com efeito suspensivo no prazo de 15 (quinze) dias, ADRIANA dispensou o recurso e impetrou mandado de segurança no qual postulou a anulação do determinado ato. Pergunta-se:*

a) É cabível a impetração nessa hipótese?

b) Poderia ADRIANA ter oferecido o recurso administrativo e impetrado mandado de segurança concomitantemente?

c) Pode o juiz julgar o mandado de segurança sem o parecer do representante do Ministério Público?

FUNDAMENTE AS REPOSTAS E INDIQUE, QUANDO POSSÍVEL A FONTE NORMATIVA.

Autora: Vania Cirne

Sugestão de resposta

a) O mandado de segurança consiste em ação com assento constitucional vocacionada à tutela de direito líquido e certo contra ilegalidade do Poder Público ou de agente de pessoa privada no exercício de função delegada. O referido remédio constitucional tem previsão no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, e é disciplinado pela na lei 12.016/09 (diploma revogador da Lei 1533/51). Há hipóteses em que o writ não é cabível, como no caso de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução, consoante 5º, inciso I, da Lei 12016/09.

Tal dispositivo legal tem recebido críticas por parte da doutrina, eis que parece exigir o exaurimento da via administrativa como condição para o mandamus. Todavia, a existência de previsão legal (expressa) de recurso com efeito suspensivo não obsta o ajuizamento da ação. Diversamente, caso haja interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo pelo interessado, faleceria a este interesse de agir (uma das condições de ação). Explica-se: interposto recurso na seara administrativa, o ato não produzirá efeitos, não havendo falar em lesão a direito apta a ensejar a impetração do writ.

Cumpre ressalvar que se a lei exigir caução para a interposição de recurso administrativo, a jurisprudência passou a admitir o cabimento do mandado de segurança, caso o interessado deixe transcorrer o prazo recursal in albis. Isto porque a exaustão na via administrativa também ocorre quando há perda do prazo ou renúncia ao recurso.

Muito embora não seja a questão sob análise, impende consignar que, na hipótese de omissão do Poder Público, em que pese a previsão legal de recurso, o impetrado poderá impetrar mandado de segurança. Ora, não havendo ato, não há falar em suspensão de seus efeitos. Esta é a ratio do verbete sumular nº 429, do STF ("A existência de

recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso de mandado de segurança contra omissão da autoridade").

Insta observar que, não sendo dotado de efeito suspensivo o recurso administrativo, o mandado de segurança pode ser impetrado concomitantemente, em função do risco de lesão, já que o ato possui aptidão para a produção de efeitos, independentemente da decisão final na seara administrativa.

No entanto, cabe atentar que a propositura do mandado de segurança implicará a desistência do recurso interposto no âmbito administrativo, haja vista que a impetração deve ser contra ato da autoridade competente para a sua correção, e tal ditará o juízo competente, de acordo com as regras constitucionais e infraconstitucionais, v.g., artigo 102, inciso I, alínea d; artigo 105, inciso I, alínea b, da Constituição da República.

Destarte, o mandado de segurança pode ser impetrado, na hipótese de Adriana dispensar a solução na via administrativa, deixando transcorrer in albis o prazo recursal ou renunciando ao recurso. Outro entendimento configuraria afronta ao principio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5°, inciso XXXV, da CRFB.

b) Como brevemente explanado no item anterior, caso a interessada haja interposto recurso na seara administrativa (com efeito suspensivo, isto é, com a não execução do ato, até a decisão final), e concomitantemente venha a manejar o mandado de segurança, este será incabível, em razão da carência do interesse de agir, eis que o ato tido por ilegal ainda não possui aptidão para produzir efeitos no mundo jurídico. Nesse caso, como o mérito do processo não será julgado, caberá a impetração de novo mandado de segurança, dentro do prazo decadencial do artigo 23, Lei 12016/09, ou o ajuizamento de outra ação, consoante disposto nos artigos 19 e 6°, § 6°, do mesmo diploma legal.

c) No mandado de segurança, o juiz deve conceder a oportunidade de manifestação ao membro do Ministério Público, por força do artigo 12 da Lei 12.016/2009. Todavia, o parecer do Ministério Público não constitui condição sine qua non para o julgamento, vale dizer, com ou sem o predito parecer, o juiz poderá proferir sentença, nos termos do parágrafo único do referido dispositivo legal. Somente não pode o juiz deixar de oportunizar o pronunciamento do Ministério Público, sob pena de nulidade, em função do disposto no artigo 84 do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que há entendimento no sentido da desnecessidade de manifestação do Ministério Público no bojo de todo e qualquer mandado de segurança, mas apenas quando houver interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte, conciliando-se, pois, a previsão legal de emissão de parecer pelo Ministério Público com sua missão constitucional de tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, caput, da CRFB), bem como com o disposto no artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil.

Destarte, deve haver interesse público na impetração do remédio constitucional, para a intervenção do Ministério Público. Caso este entenda prescindível sua intervenção, e não emita parecer, o juiz poderá proferir a sentença, inexistindo nulidade processual.

***(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE ADMINISTRATIVO – 2012)** 2ª questão – Disserte sobre a competência do Município para instituir normas gerais como instrumento do poder de polícia. Esclareça também o sentido da proporcionalidade no exercício do poder de polícia?*

RESPOSTAS FUNDAMENTADAS, COM A INDICAÇÃO, SE FOR O CASO, DA FONTE NORMATIVA.

Autor: Bruno Rinaldi

Sugestão de resposta

No que toca à competência do Município para instituir normas gerais como instrumento do poder de polícia, é essencial identificar a matéria a ser regulamentada. Afinal, a Constituição da República prevê tratamentos diferenciados a depender do tema a ser abordado.

À luz do artigo 30, de nossa Bíblia Política, existem situações que conferem ao Município uma competência exclusiva para regulamentação. Nesses casos, evidentemente, não há dúvidas quanto à possibilidade deste ente editar normas gerais como instrumento do poder de polícia.

O que pode ser posto em dúvida é o permissivo constante no inciso II deste artigo, isto é, quanto à competência do Município para suplementar a legislação federal e estadual. Nesses casos, vislumbra-se uma atuação subsidiária da Municipalidade, ante a inércia ou omissão dos demais entes.

Nessa esteira, é de se concluir que caso a matéria deva ser regulamentada pela União ou pelo Estado (vide artigos 22, 23 e 24, da Constituição da República, havendo inércia, não só pode como deve o Município editar normas gerais no contexto do poder de polícia.

Isso porque o poder de polícia é um atributo intrinsecamente ligado a uma prestação de interesse público, e, não havendo normatização geral, pode ocorrer um consequente bloqueio a direitos fundamentais. Assim, na inércia ou omissão, deve o Município subsidiariamente editar normas gerais e zelar por seu cumprimento.

Sempre pertinente observar que o poder de polícia se desdobra em quatro atributos, de acordo com a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia. O estabelecimento de normas gerais está inserto no primeiro, que, naturalmente, é indelegável.

Ocorre que não se está falando de uma delegação propriamente dita, mas apenas de uma atuação subsidiária, com foco no cumprimento dos demais atributos, com a inerente busca pela eficiência que disso deflui - espelhando a orientação insculpida no artigo 37, caput, da Constituição da República.

Sendo assim, o que se salienta é que será possível ao Município instituir normas gerais como instrumento do poder de polícia em duas hipóteses: nas matérias a ele

constitucionalmente reservadas como sendo de competência privativa (como, por exemplo, a edição de um Código de Posturas) e subsidiariamente, ante eventual omissão ou inércia dos demais entes, observando-se a falta de normas gerais quanto a determinada matéria (e.g., eventual inexistência de normatização federal ou estadual quanto a dada espécie de dano ambiental, podendo o Município instituir regras próprias).

Outrossim, no que diz respeito ao sentido da proporcionalidade no exercício do poder de polícia, é imperioso destacar que o aludido postulado se desdobra em três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, sua correta aplicação passa pela análise destes três vetores de acordo com o caso que se apresente.

Além disso, o estudo da incidência da proporcionalidade está atrelado necessariamente à verificação da extensão da discricionariedade, de sorte que quanto maior for esta, maior será o espectro de observância do postulado em tela.

Conforme dito anteriormente, são quatro os momentos do poder de polícia: ordem, consentimento, fiscalização e sanção. Tendo isso em mente, é possível afirmar que a proporcionalidade se manifesta com maior força no primeiro destes.

Afinal, deve o legislador, quando da edição das normas gerais, estabelecer, para o descumprimento dos deveres impostos, sanções que se mostrem adequadas e não excessivamente gravosas. Deve-se, inclusive, sopesar a existência de outras punições que apresentem melhor "custo-benefício".

Nesse ponto, verifica-se que a proporcionalidade se destina intrinsecamente ao legislador. Contudo, tendo sido estipulada mais de uma possível sanção, há também no quarto momento do poder de polícia campo para incidência do aludido postulado, dada a necessidade de se averiguar qual sanção se mostra mais adequada e razoável.

Entretanto, os momentos de consentimento e fiscalização de polícia denotam atos com maior grau de vinculação, subtraindo do intérprete o exercício da discricionariedade. Não seria o caso, pois, de incidência da proporcionalidade, mas sim da verificação quanto ao cumprimento dos requisitos e deveres normativamente estabelecidos.

Comentário

A questão em análise é direta ao definir o que se espera do candidato, determinando a produção de texto dissertativo. Assim, a tarefa que se apresenta de início não é exatamente averiguar quais os pontos a serem abordados, uma vez que estes foram claramente delineados, mas sim definir tudo que pode ser inserido na resposta de modo a deixa-la com a maior completude possível.

Afinal, é sempre necessário um amplo grau de conhecimento da matéria, e, no caso em tela, isso se faz por meio da abordagem não só dos pontos expressamente referidos, mas também de tudo aquilo que for correlato. Ademais, não se pode olvidar do emprego da maior precisão terminológica possível.

(XXXI CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO - 2010) *1ª questão - Em ação de improbidade administrativa, o representante do Ministério Público postula a aplicação de todas as sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92. Como o agente réu cometera dois atos de improbidade independentes entre si, o autor requer sejam as sanções aplicadas cumulativamente. O juiz, porém, julgando procedente o pedido, aplicou apenas 3 (três) sanções, não cumulando a de suspensão de direitos políticos e a de multa civil, mas cumulando a de reparação dos prejuízos. Opine sobre: a) a aplicação parcial de sanções de improbidade; b) a cumulatividade das sanções; c) a possibilidade de o julgador aplicar sanções não requeridas na petição inicial.*

Autora: Michelle Ribeiro

Sugestão de resposta

a) A Lei nº 8429/92 é lacunosa no tocante a aplicação das sanções previstas no seu artigo 12, se possível a aplicação parcial ou se devida a aplicação de todas as sanções ali previstas. Dessa forma, coube a doutrina formular tal parâmetro. No entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves descrito em seu livro sobre Improbidade Administrativa, o artigo 37, §4º da CRFB/88 impõe que compete ao legislador estabelecer os critérios de gradação das sanções aplicáveis ao agente público ímprobo. Desta forma, em análise da redação original do referido artigo 12, observa-se que o elenco das sanções se dá de forma aglutinativa, o que impunha ao julgador a aplicação cumulativa delas, lhe cabendo apenas realizar a dosimetria quanto às sanções que possuem patamares máximos e mínimos, em atenção ao princípio da proporcionalidade tendo por foco a gravidade e o dolo/culpa do ato ímprobo cometido. Contudo, em atenção a necessidade de conformidade da aplicação das sanções do artigo 12 aos direitos fundamentais do agente ímprobo, o julgador, poderia, excepcionalmente e de forma fundamentada suprimir alguma sanção, já que há funções que não guardam pertinência com o agente ímprobo nem com o ato, como por exemplo a sanção de perda da função pública que não pode ser imposta aquele que não detenha função pública.

Contudo, após a alteração legislativa do mencionado artigo 12, através da Lei nº12120/2009, o próprio legislador deu ao julgador a possibilidade de aplicar as sanções de forma isolada ou cumulativa. Dessa forma, relevante se faz apontar os parâmetros a ser usados pelos julgadores nessa individualização das sanções tendo o princípio da proporcionalidade como base para a individualização das sanções. Através dele, o elemento volitivo do agente ímprobo (dolo ou culpa e suas intensidades) bem como o grau de alcance do interesse público a despeito do ato ter sido ímprobo, são parâmetros concretos na escolha pelo judiciário das sanções do artigo 12. Ou seja, trata-se de uma relação de adequação (subprincípio da proporcionalidade) entre o ato ímprobo e a sanção, devendo o julgador ter como parâmetro principal a proteção suficiente da probidade administrativa. Por fim, as sanções de ressarcimento do dano e de perda dos bens não devem ser aplicadas isoladamente, pois visam apenas ao ressarcimento do erário não punindo de forma suficiente o agente ímprobo.

b) Sobre a cumulatividade das sanções do artigo 12, devemos acrescentar ao que já foi dito acima, observações pertinentes a própria narrativa da questão que traz o caso da cumulatividade das sanções ser pedida pelo autor em razão do agente ímprobo ter cometido dois atos de improbidade independentes entre si. Nesse caso a discussão se torna mais densa, visto que inexiste qualquer parâmetro legislativo para tal fato. É o caso do autor da ação de improbidade trazer como causa de pedir mais de um ato ímprobo e não um ato ímprobo que se enquadre em mais de um tipo da lei de improbidade. Neste segundo caso, sendo único o ato mesmo que se subsumindo a mais de um tipo, único deve ser o feixe de sanções do artigo 12, aplicadas em atenção aos parâmetros descritos no item "a" desta resposta. Já no primeiro caso, tantos serão os feixes de aplicação do artigo 12 quantos são os atos de improbidade. A problemática disso, conforme Emerson Garcia, é quanto as sanções que apresentam delimitação temporal, como a suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público. Isso pois caso somados os anos de cada uma dessas espécies de sanção referentes a cada ato de improbidade distintos (com condenações feitas no mesmo processo ou em processos distintos), poderíamos alcançar sanções perpétuas. Assim, como não podemos usar por analogia os artigos do Código Penal e da Lei de Execução Penal sobre concurso material de crime, pois não se pode usar analogia para restringir direitos, entende o referido jurista pela aplicação do sistema da absorção, segundo o qual as sanções temporais irão se sobrepor. No tocante ao pagamento de multa, esta sanção pode ser fixada de forma cumulativa para cada ato de improbidade sem qualquer problema, visto que pena pecuniária. Quanto às sanções de perda da função pública, ressarcimento do dano e perda de bens, também não há problema na aplicação para atos de improbidade distintos, visto que a função pública só pode ser perdida uma vez e quanto ao ressarcimento de dano e perda de bens essas sanções são pertinentes aos danos e bens envolvidos em cada ato de improbidade individualmente considerados, sendo plenamente viável sua cumulação.

c) Sobre a possibilidade de o julgador aplicar sanções não requeridas na petição inicial, esta questão está intimamente vinculada com a aplicação do princípio da correlação entre o pedido e a sentença nas ações de improbidade administrativa. O Ministério Público na área cível deve observar o princípio da obrigatoriedade em agir (Hugo Nigro Mazzilli), obrigatoriedade essa que pode ser exercida com certa discricionariedade pelo membro do Parquet, desde que o interesse público seja integralmente preservado (já que o objeto perseguido não lhe pertence, mas pertence a coletividade). Contudo, no tocante aos atos de improbidade, o autor da ação também não detém o objeto sobre a relação de direito material posto em juízo, (que pertence à coletividade de forma geral que possui o direito à gestão ímproba da administração pública) só que as sanções do artigo 12 (com exceção do ressarcimento do dano) só podem ser impostas judicialmente o que afasta a discricionariedade na escolha dos meios para alcançar a proteção do interesse público (ação civil pública ou termo de ajustamento de conduta). Desta forma, o autor da ação de improbidade não pode restringir em seu pedido a abrangência das sanções do artigo 12, assim como ocorre na ação penal, em que o Ministério Público não escolhe a pena a ser aplicada, cabendo ao julgador essa dosimetria da pena. Caso equivocadamente o autor da ação restringir o seu pedido a aplicação de apenas algumas

sanções do artigo 12 cabe ao julgador desconsiderar tal fato e aplicar as sanções tendo por parâmetro apenas a proporcionalidade em sentido amplo. Isso, pois, conforme entendimento do i. jurista Emerson Garcia o princípio da congruência deve ser observado apenas quanto a causa de pedir descrita na exordial e não quanto ao pedido, que deve ser de condenação nas sanções do artigo 12 da Lei nº 8429/92, para que o julgador aplique a lei como entender adequado.

(XXXI CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO - 2010) *2ª questão- Emação de desapropriação, o Município, representado por sua Procuradoria-Geral, declara, na petição inicial, a urgência para os fins de imissão provisória na posse, declaração essa inexistente no decreto expropriatório. O requerimento para a imissão na posse, porém, só é oferecido 02 (dois) meses após o despacho inicial do juiz. Ao final, o juiz profere sentença fixando a indenização, os juros moratórios e compensatórios e os honorários advocatícios. Diante desses elementos, indaga-se:*

a) Deve o juiz deferir o pedido de imissão provisória na posse?

b) Como devem ser fixados os juros moratórios e compensatórios, no que tange ao termo inicial da contagem e ao percentual?

c) É possível que não haja condenação em honorários advocatícios?

Responda justificadamente as indagações, oferecendo os elementos nos quais se basearão as respostas.

Autor: ***Uriel Fonseca***

Sugestão de resposta

A solução da questão proposta exige do candidato conhecimentos acerca dos dois mais controversos temas no tocante à fase judicial do procedimento de desapropriação. As respostas aos itens formulados dependem de análise das previsões do Dec.-Lei n.º 3.365/41 em cotejo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Deste modo, os seguintes pontos não podem deixar de ser abordados pelo candidato:

a) Por pressuposto, é necessário delinear que a imissão prévia na posse depende de declaração formal de urgência para que, a partir de então, o Poder Público a requeira expressamente, por petição. O art. 15, § 2º, do referido Dec.-Lei n.º 3.365/41 não especifica o momento da declaração de urgência, havendo orientação consolidada, entre autores e tribunais, no sentido de que nada obsta sua efetivação em juízo, nos autos da ação de desapropriação (v. STJ, REsp 79.604/AP, Rel. Min. Ari Pargendler). Ocorre que, segundo o mesmo dispositivo, o requerimento de imissão não se dará, sob nenhuma hipótese, depois de 120 (cento e vinte) dias de formalizada a alegação de urgência (v. STJ, REsp 1.234.606/MG, Rel. Min. Herman Benjamin). Assim, no caso, se o período entre a

propositura da inicial e o requerimento de imissão na posse não for maior que 120 (cento e vinte) dias, independentemente da data do despacho inicial do juiz, será juridicamente viável o atendimento do pleito.

b) Quanto aos juros moratórios, prevalece o disposto no art. 15-B do Dec.-Lei n.º 3.361/45, derrogando o que outrora dispunha a Súmula n.º 70 do Superior Tribunal de Justiça - hoje, admitida apenas para as pessoas privadas que proponham a ação desapropriatória. Deste modo, apenas incidem juros a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido ser feito por precatório, nos termos do art. 100 da Constituição da República. A taxa prevista no referido diploma legal, segundo a doutrina, incide sob o valor fixado na sentença e não pode ser inferior aos 6 %, sob pena de violar-se a garantia constitucional da justa indenização.

c) Os juros compensatórios, por sua vez, servem a minorar os prejuízos decorrentes da perda prematura da posse, estando descritos no art. 15-A do Dec.-Lei n.º 3.365/41. Incidem, vale dizer, caso haja diferença entre o preço ofertado em juízo e o valor apurado em decisão judicial definitiva, a partir da imissão prévia na posse. Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADI 2332-2, suspendeu a eficácia da expressão "até 6% ao ano" constante do citado dispositivo, repristinando orientação consolidada no verbete n.º 618 de sua Súmula de Jurisprudência, segundo o qual incidem juros à razão de 12% ao ano. Neste sentido dispõe a Súmula n.º 408 do Superior Tribunal de Justiça. No mais, o Supremo também afirmou, em interpretação conforme a Constituição, que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço apurado em juízo e o valor do bem fixado na sentença.

d) A condenação em honorários advocatícios, no âmbito da ação de desapropriação, depende da verificação de sucumbência do Poder Público. Em outras palavras, a sentença judicial deve fixar valor de indenização maior que o oferecido na esfera administrativa. É o que consta do art. 27, § 1º, do Dec.-Lei n.º 3.365/41.

Comentário

Em perguntas que envolvam vários itens, é interessante que o candidato aborde, sistemática e separadamente, cada uma das alíneas, independentemente de optar por fazer referência expressa às letras do enunciado ou redigir texto corrido. Ademais, como em qualquer questão de segunda fase sem limite de linhas, a demonstração de conhecimento do tema, ainda que aborde questão não diretamente questionada, é sempre relevante e diferencia o candidato.

DIREITO CIVIL

2.1. PROVAS PRELIMINARES

*(**XXXIII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2014**) 7ª questão – Direito Civil – O abandono afetivo por parte do genitor caracteriza dano moral? Resposta objetivamente fundamentada.*

Autora: Vanessa Gonzalez

Sugestão de resposta

Muito embora ainda exista controvérsia na doutrina e na jurisprudência acerca do assunto, em julgado paradigmático o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que o abandono afetivo por parte do genitor caracteriza dano moral, passível de indenização, aplicando-se ao Direito de Família as regras estabelecidas no campo da responsabilidade civil.Seguindo a relatora Min. Nancy Andrighi[1], a Corte entendeu que *"amar é faculdade, cuidar é dever"*. Vale dizer: ninguém é obrigado a amar um filho[2], mas é obrigado a dispensar cuidado e estar presente na vida da prole. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado ao ordenamento jurídico pátrio em diversos dispositivos legais e constitucionais (v.g. art. 1634, incisos I e II do Código Civil e arts. 3º, 4º e 5º do ECA), motivo pelo qual a omissão no cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar pode caracterizar dano moral indenizável.

Comentários

Os que defendem a tese da impossibilidade de compensação do dano moral decorrente do abandono afetivo entendem que o amor não pode ser mensurado economicamente, bem como que ninguém pode ser compelido a amar, razão pela qual é inviável a apreciação da questão sob a ótica da responsabilidade civil.

---

1. STJ, REsp 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012
2. Justamente por tal fundamento é que ação semelhante, mas cuja causa de pedir era a "falta de amor", foi julgada improcedente pelo STJ (vide REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 29.11.2005). Note-se que amar não é dever ou direito e a falta de amor não gera indenização.

No entanto, de acordo com o entendimento recente no STJ e de parte da doutrina especializada, não há qualquer óbice à aplicação da teoria da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família. Decorrência disso é o fato de que todo aquele que por ação ou omissão causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (arts. 186 e 927 do Código Civil).

Note que o STJ não fala em indenização por falta de amor, mas sim em indenização por descumprimento do dever objetivo de cuidado que os pais devem ter com sua prole. Justamente por tal fundamento é que ação semelhante à mencionada na sugestão de resposta, mas cuja causa de pedir era a "falta de amor", foi julgada improcedente pelo STJ (vide REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 29.11.2005). Note-se que amar não é dever ou direito e a falta de amor não gera indenização.

Em suma, caso haja abandono afetivo, com o descumprimento de deveres impostos pelo ordenamento jurídico aos pais, verifica-se a possibilidade de os filhos pleitearem judicialmente compensação por danos morais.

(XXXIII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2014) *8ª questão – Direito Civil – É admissível a revisão de contrato por fato superveniente que torne excessivamente onerosa a prestação do fornecedor numa relação de consumo?*

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

A despeito de o legislador ordinário elencar explicitamente como direito básico do consumidor, e não do fornecedor, a revisão das cláusulas em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (Lei 8.078-90, art. 6° ,V), em nítida homenagem à teoria da base objetiva do negócio jurídico (Theorie der objektiven Geschäftsgrundlage) desenvolvida por Larenz em superação à teoria da base subjetiva do negócio de Oertmann, é admissível a aplicação do instituto da revisão contratual ao fornecedor numa relação de consumo. Primeiro porque o CDC, art. 4°, III, prevê como princípio a harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo, salientando a necessidade de boa-fé e equilíbrio nas relações, direitos e deveres entre fornecedores e consumidores. O princípio da equidade contratual encerra nota essencial à teoria da base objetiva do negócio que informa a revisão nos termos da pergunta. A CRFB, art. 170, caput, e inciso IV, põem em relevo a necessidade de um mercado estável, preservando a segurança e a livre iniciativa. Por fim, o CDC, art. 51, parágrafo 2°, estipula que a nulidade de cláusula abusiva, quando ausente, apesar dos esforços de integração, invalida o contrato quando decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. O CDC não pode ser interpretado como mecanismo de desestabilização do mercado e aplicado unilateralmente, sob pena de ferir a harmonização dos interesses acima mencionados.

Comentário 1

O excelente artigo da lavra de Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho, membro da Banca Examinadora, na revista do MPERJ, intitulado "A sociedade empresária como fornecedora e o Código de Defesa do Consumidor", assevera que: Não obstante reconheça o legislador a condição de vulnerabilidade do consumidor e busque protegê-lo amplamente, é nítida sua preocupação em estabelecer uma relação de consumo baseada na boa-fé e equilíbrio entre seus participantes, de forma que o fornecedor tenha também os direitos respeitados. Constitui grave equívoco ter o CDC como "instrumento de terrorismo" ou "elemento desestabilizador do mercado"10, na medida em que visa à harmonia e transparência nas relações de consumo, conferindo segurança não só ao consumidor, mas de igual modo ao fornecedor".(In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n.33 jul-set, 2009, p. 60)

Comentário 2

Veja-se o escólio de Rogério Ferraz Doninni:

Pelo disposto no § 2º do art. 51 do CDC, vê-se que não somente o consumidor pode valer-se da resolução contratual, mas também o fornecedor, pois não teria qualquer sentido conservar um contrato que traga ônus excessivo a qualquer dos contratantes. O fornecedor pode, eventualmente, pelo disposto neste artigo, estar impossibilitado de cumprir com uma obrigação contratual que lhe cause ônus excessivo, o que configuraria uma violação ao art. 4º, III, do CDC, pelo qual os contratos devem ser celebrados e executados sempre com supedâneo na boa-fé e no equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (Apud AVELAR, Ednara Pontes de. Considerações sobre o § 1º, III do art. 51 do CDC. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1756/Consideracoes-sobre-o-1º-III-do-art-51-do-CDC)

(XXXIII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2014) *9ª questão – Direito Civil – Em que consiste a desconsideração inversa da personalidade jurídica? É cabível em nosso sistema jurídico? Resposta objetivamente fundamentada.*

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

A desconsideração inversa da personalidade jurídica é uma construção doutrinária, acolhida pela jurisprudência do STJ, desenvolvida a partir de interpretação teleológica do art. 50 NCC/02, consistente no afastamento da autonomia patrimonial (a qual é efeito da aquisição da personalidade pelas pessoas jurídicas) da pessoa jurídica para que, ao invés de se atingir o patrimônio dos sócios, como na regra do art.50,CC, atinja-se a sociedade e o patrimônio social desta, de modo a responsabilizá-la por obrigações do(s) sócio(s). Tal se dá em virtude de atos praticados pelo(s) sócio(s), ou por interposta pessoa, nos quais há, dolosa e fraudulentamente, o esvaziamento do patrimônio pessoal do sócio para fazê-lo se confundir com o da pessoa jurídica. Como exemplo, a prática de atos por um dos

cônjuges para fraudar a partilha, transferindo bens do seu próprio patrimônio para a pessoa jurídica da qual é sócio em prejuízo do outro cônjuge em divisão legal de bens.

Comentário 1

Há, também, confusão patrimonial e desvirtuamento da finalidade, caracterizando o mesmo abuso de direito presente na leitura tradicional do art. 50. Como exemplo, no direito de família: a incidência da desconsideração inversa como forma de atacar a fraude ao direito de meação na hipótese de separação dos cônjuges. Veja-se a decisão do STJ:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.236.916 - RS (2011/0031160-9)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO LESADO PELA CONDUTA DO SÓCIO. ARTIGO ANALISADO: 50 DO CC/02. 1. Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011. 2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta. 3. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. 4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva. 5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ. 6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa. 7. Negado provimento ao recurso especial.

(XXXII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2011) *7ª questão – Direito Civil – É possível o pedido de dano moral coletivo nas ações civis públicas ambientais propostas pelo Ministério Público? Qual a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema?*

Autora: ***Michelle Ribeiro***

Sugestão de resposta

Trata-se de questão controvertida na doutrina e jurisprudência. Há parte da doutrina que entende não ser possível, visto que a coletividade não pode padecer de

sofrimento, humilhação, não tendo dano moral a ser reconhecido, o que é chamado por Anderson Schreiber de concepção subjetivista do dano moral. Por outro lado, outro entendimento doutrinário caminha no sentido da possibilidade, sustentando uma concepção objetivista do dano moral, caracterizado pela violação de interesses existenciais da pessoa humana, permitindo sua integral reparação, como previsto no artigo 83 do CDC e no artigo 1º, IV da Lei nº 7347/85 que prevê expressamente as ações de responsabilidade por danos morais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo, se enquadrando no primeiro o direito ao meio ambiente sadio. O Superior Tribunal de Justiça em seu julgado mais recente sobre o tema reconheceu a possibilidade de condenação por dano moral coletivo em razão de dano ambiental.

Comentários

Aqui a dificuldade da questão era em poucas linhas tratar de tema de tamanha profundidade doutrinária como o dano moral coletivo e com poucos dispositivos legais para embasar a resposta.

Ressalte-se que a questão foi respondida com base na doutrina e jurisprudência atual e não da época da prova, visto que o tema tem sido abordado pela doutrina cada vez de forma mais atual, motivo pelo qual entendemos ser útil ao candidato observar como a pergunta deveria ser respondida na atualidade.

A questão sobre o dano moral coletivo ultrapassa as ações civis públicas ambientais sendo questão tormentosa envolvendo mesmo uma releitura do próprio conceito de dano moral, que em sua origem, tem vinculação estreita com os sentimentos da pessoa humana, o que, na visão de Sergio Cavalieri Filho, seria um conceito positivo de dano moral, que se constituiria em dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação. Pelo mesmo autor, há quem conceitue o dano moral por exclusão, onde dano moral seria todo dano não-material. E é essa diferença conceitual que determina a aceitação ou não do dano moral coletivo, em especial aquele vinculado a violação de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, onde não se perquire sobre o dano do individuo mas sim sobre a violação do direito de uma coletividade de indivíduos cujas características de personalidade não interessam para quantificação do dano, pois são vistos como grupo, indeterminável (direitos difusos) ou determináveis (direitos coletivos e individuais homogêneos) mas cuja determinabilidade deve ser indiferente para a fixação do dano moral coletivo, caso contrário estaríamos falando de uma proteção coletiva do dano moral individual de cada lesado.

Dessa forma, para aqueles que se filiam ao conceito positivo de dano moral, resta afastada a possibilidade de dano moral coletivo, tendo se manifestado nesse sentido o Min. Teori Albino Zavascki no RESP 598.281/MG, entendendo que "a ofensa moral sempre se dirige á pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um vultus singular e único". Já com relação ao conceito negativo de dano moral, este possibilita o pedido de dano moral coletivo já que se refere a violação à interesses não materiais, existenciais da pessoa humana e dessa forma, segundo a Min. Eliana Calmon no RESP 1057274 "o dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas,

é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação juridica-base."

O posicionamento do STJ mencionado na resposta a questão é o RESP nº 1.269.494, a Ministra Eliana Calmon se refere especificamente a possibilidade de dano moral coletivo em ação civil pública ambiental, citando Carlos Alterto Bittar Filho que leciona: "quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico". Assim, tanto o dano moral coletivo indivisível (gerado por ofensa aos interesses difusos e coletivos de uma comunidade) como o divisível (gerado por ofensa aos interesses individuais homogêneos) ensejam reparação.

(XXXII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2011) *8ª questão – Direito Civil – Bernardoe Bianca, casal de namorados, ele com 19 anos de idade e ela com 17 anos de idade, ambos residentes na cidade do Rio de Janeiro, resolvem viajar no dia 10 de maio de 2011 para o litoral fluminense e embarcam no ônibus da Viação Litoral Sul Ltda. com destino a Cabo Frio, aonde iriam se hospedar na casa da tia materna de Bianca. Como medida preventiva, providenciam uma autorização para viajar subscrita apenas pela mãe de Bianca, a qual exibem no momento do embarque. Chegando ao destino, o casal encontra José Carlos, um amigo de infância de Bernardo, que os convida para se hospedar gratuitamente na Pensão Mar Azul Ltda., de sua propriedade, local onde permanecem por três noites. A tia de Bianca, para se eximir de futura responsabilidade, comunica o fato à mãe da adolescente e ao Ministério Público. Que medida(s) você, como Promotor de Justiça, promoveria na esfera judicial?RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.*

Autor: Marcelo Winter

Sugestão de resposta

Por se tratar de adolescente (art. 2°, caput, do ECA), Bianca prescinde de autorização para viajar dentro do território nacional, uma vez que o art. 83 do Estatuto somente criou restrições às crianças. No entanto, à adolescente não é permitida a hospedagem em estabelecimento hoteleiro, sem a devida autorização do responsável, por força do art. 82 do ECA. Considerando que Bianca não possuía autorização para se hospedar na Pensão, o Promotor de Justiça deve, com fulcro no art. 201, X, do ECA, representar em face do estabelecimento pela prática da infração administrativa prevista no art. 250 do ECA, sem prejuízo de também representar em face da genitora por incidir na infração tipificada no art. 249 do Estatuto, pois, apesar de cientificada da situação, manteve-se negligentemente inerte, descumprindo de forma culposa os deveres inerentes ao poder familiar.

Comentário 1

A prova preliminar do concurso para ingresso no MPRJ exige poder de síntese por parte do candidato. Desta forma, algumas ponderações relevantes sobre o tema abordado na presente questão deixaram de ser realizadas de modo a entregar uma resposta objetivamente justificada.

Por outro lado, se a mesma questão fosse indagada em uma prova específica ou especializada, seria de bom alvitre que o candidato dissertasse acerca da razão pela qual o legislador não criou restrições para adolescentes viajarem pelo território nacional. Estes, por apresentarem maior desenvolvimento físico e psíquico, possuem melhor discernimento de proteção e autodefesa do que crianças, naturalmente mais vulneráveis em razão da ingenuidade inerente à tenra idade.

Outro ponto que mereceria destaque é a evidente incompatibilidade entre as normas extraídas dos artigos 82 e 83 do ECA. Isso porque, em que pese ser permitido ao adolescente viajar pelo território nacional, desacompanhado e independentemente de autorização de seu responsável legal, ao mesmo não é permitido se hospedar em estabelecimento hoteleiro, desacompanhado ou sem autorização para tanto. Em casos tais, poderemos nos deparar com a paradoxal situação em que um adolescente, embora tenha viajado amparado pela legislação vigente, seja obrigado a pernoitar em via pública, uma vez que a mesma legislação, não apenas veda sua hospedagem, como também tipifica a conduta do hospedeiro como infração administrativa, conforme se depreende do art. 250 do ECA.

Por fim, revelar-se-ia oportuno ao candidato abordar a crítica da doutrina com relação ao fato de o legislador não ter feito qualquer distinção entre as diversas espécies de estabelecimento hoteleiro. Ora, se a intenção do legislador foi proteger a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, notadamente com o intuito de coibir a prática de abusos sexuais e de prostituição infantil, poderia ter restringido a proibição de hospedagem aos motéis, tendo em vista que tais estabelecimentos são notoriamente utilizados para a prática de atos libidinosos, permitindo a hospedagem em hotéis, pensões e pousadas, como forma de harmonizar tal vedação com o direito de direito de ir e vir insculpido no art. 16, I, do ECA.

Comentário 2

Considerando que o enunciado da questão menciona que Bianca permaneceu hospedada por três noites na Pensão, é possível concluir pela cessação da situação de risco na qual a mesma se encontrava. Não obstante, caso o enunciado da questão fosse omisso neste ponto, o candidato também deveria indicar a propositura de ação cautelar de busca e apreensão como uma das medidas judiciais a serem adotadas pelo Promotor de Justiça no caso concreto, tendo em vista que o Ministério Público não poderia permanecer inerte diante da manutenção da situação de risco.

Neste contexto, seria desejável entregar a adolescente aos cuidados de seus genitores, uma vez que esta possui o direito de permanecer integrada ao seio de sua família natural ou extensa (vide art. 19 do ECA), salvo se tal decisão fosse capaz de causar evidente risco - físico ou psíquico - à mesma, hipótese na qual o membro do Ministério Público teria que promover a medida protetiva extrema de acolhimento institucional.

Comentário 3

Até a realização do XXXIII Concurso para ingresso na carreira do MPRJ, as questões acerca do tema Infância e Juventude eram diluídas e questionadas pela Banca Examinadora de Direito Civil. Todavia, cumpre ressaltar que a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar estadual nº 106/2003) sofreu recente alteração em seu art. 55, IV, passando a exigir uma Banca Examinadora específica em matéria de Infância e Juventude, de modo que a partir do XXXIV Concurso, os candidatos deverão dispensar especial atenção à referida disciplina.

Comentário 4

A Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, é coordenadora da obra "Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos teóricos e Práticos - Editora Saraiva", cuja leitura é recomendada ao candidato que pretende ingressar na carreira, na medida em que reflete o entendimento de diversos membros desta instituição sobre tópicos relevantes da matéria.

(XXXII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2011)9ª questão – Direito Civil –Discorra sobre a admissibilidade da celebração de um contrato de doação por morte no direito brasileiro, especificando todas as suas eventuais consequências.

Autor: Eduardo Fonseca

Sugestão de resposta

Em regra, o ordenamento jurídico brasileiro não admite a celebração de contrato de doação por morte, pois lhe falta o caráter da irrevogabilidade, inerente às liberalidades. Assim, é característica do contrato de doação o fato de ser celebrado em vida, com a possibilidade de ser revogado nas hipóteses previstas no Código Civil. Por isso, o art. 426 do CC/02 consagra a proibição do pacto sucessório, chamado de "Pacto Corvina", ao estabelecer a impossibilidade de um contrato ter por objeto a herança de pessoa viva, já que não existe direito subjetivo à herança, mas tão somente mera expectativa de direito. Assim, tal contrato seria nulo por impossibilidade jurídica do objeto. Contudo, existe uma exceção prevista no art. 2.018 do CC/02, que é a partilha em vida, ou seja, aquela realizada por qualquer ascendente aos descendentes, exigindo-se que todos os herdeiros sejam maiores e capazes e que não haja conflito entre eles. Além disso, tal partilha não pode prejudicar a legítima dos herdeiros necessários, podendo se dar de 2 formas: Partilha doação - feita por ato entre vivos, por escritura pública - e Partilha testamento - feita por ato de disposição de última vontade. Assim, poderia se falar, portanto, em exceção à regra que inadmite a celebração de contrato cujo objeto seja a herança de pessoa viva, no direito brasileiro.

***(XXXI Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2009)** 7ª questão - Direito Civil - FábioBiscoitoé proprietário de uma fazenda na zona rural do Município de Silva Jardim, adquirida no mês de abril de 1995. O antigo proprietário ocupou a faixa ciliar do Rio X para fins de pastagem, atividade econômica mantida por Fábio Biscoito. No mês de maio de 2009, a fiscalização do Município constatou o dano ambiental, causado antes da aquisição do imóvel por Fábio Biscoito, e encaminhou os documentos para a Promotoria de Tutela Coletiva com a devida atribuição. Instado a se manifestar no bojo do procedimento investigatório, Fábio Biscoito afirma que não foi o causador do dano, bem como suscita a ocorrência do fenômeno da prescrição. Os autos são encaminhados ao Promotor de Justiça. Posicione-se indicando as medidas cabíveis e seus fundamentos jurídicos.*

Autora: Michelle Ribeiro

Sugestão de resposta

Pelo artigo 225 da CRFB/88 o meio ambiente é direito de todos. A mata ciliar é área de preservação permanente (art. 2°, "a" e 4° caput e §1° da Lei 4771/65) sendo sua supressão é dano ambiental, devendo ser reparado pelo princípio do poluidor-pagador e da responsabilidade objetiva e solidária (arts. 2°, incisos VIII e IX, 3°, II, 4°, VI e 14, caput e §1° da Lei 6938/81). A obrigação de reparar é também de Fábio, pois *propter rem*, (função social da propriedade; STJ; arts. 170, III e VI, 182, §4°, III e 184 CRFB/88 e 1.228, §1° do Código Civil), e imprescritível pois continuado o dano, sendo cabíveis a propositura pelo MP de ACP (arts. 1°, I, IV, 3° e 5°, I da Lei 7347/85) em face de Fábio e/ou o antigo proprietário (solidários) exigindo a reparação/indenização do dano ambiental ou o ajustamento da conduta nos mesmos termos (TAC).

Comentário 1

Trata-se de questão que envolve menção ao texto constitucional e a diversos diplomas legais devendo o candidato apontar a maior quantidade de dispositivos legais envolvidos no tema, como passaremos a esmiuçar, mas que na prova preliminar deve ser descrito da forma mais sucinta possível, em razão da limitação do número de linhas.

Considerando que o tema é direito ambiental e que tal direito tem base constitucional, o candidato deve iniciar mencionando a base constitucional da solução da questão. Após, passar para os dispositivos legais que regem a discussão trazida no questionamento e por fim indicar as medidas cabíveis pelo Ministério Público.

Comentário 2

Devemos observar também que na data da prova a legislação vigente ainda era o antigo Código Florestal,Lei nº 4.771 de 1965 e por isso a resposta foi dada com base em seus artigos. O Novo código Florestal ainda não estava vigente (Lei nº 12.651, de 2012.)

Comentário 3

Primeiramente devemos observar ***que se trata de imóvel rural o que fixa a aplicação do Código Florestal de forma incontroversa*** *já que a origem histórica da edição do Código Florestal seria controlar a devastação das florestas e que a competência para dispor sobre política urbana seria dos Municípios e não da União através de lei federal, conforme artigo 182 e parágrafos da CRFB 88) o que impõe certa controvérsia sobre sua aplicação com relação a imóveis urbanos,* ***controvérsia essa que vem sendo afastada*** *pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo nosso Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (ver AgRg no REsp 664886 / SC e TJRJ* ***0002844-89.2011.8.19.0079*** *- DES. JESSE TORRES - Julgamento: 04/03/2015 - SEGUNDA CAMARA CIVEL - APELAÇÃO. Ordinária. Obrigação de fazer c/c com reparação de dano moral. Negativa de instalação de medidor e consequente fornecimento de energia elétrica. Relação de consumo. Agravo retido que se rejeita: nenhum é o interesse do INEA na demanda, seja como parte ou como terceiro. Se a Concessionária apelante negou o fornecimento de energia elétrica à usuária apelada, ao argumento de que o imóvel se localiza em área de preservação ambiental, incumbia-lhe disto se certificar diretamente perante o INEA. Código***Florestal*** *de 1965: aplicação, às zonas* ***urbanas,*** *de seus princípios e limites, pois, se assim não fosse, seria desvirtuada a intenção da CR/88 de garantir ampla proteção ao meio ambiente. Ainda que se considere como de proteção ambiental a área onde se situa o imóvel, descaracterizou-se em face das múltiplas construções existentes, todas providas de energia elétrica, edificações essas que se presumem licenciadas pela Prefeitura Municipal, que certamente lhes cobra o IPTU. Na medida em que há o fornecimento de energia elétrica a imóveis contíguos, a exigência de autorização de órgão ambiental para a instalação do medidor e o fornecimento de energia elétrica viola o princípio da isonomia, inscrito no art. 5º, caput, da CR/88 ("Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"). Precedentes jurisprudenciais. Desprovimento do recurso, por maioria.).*

Comentário 4

Primeiramente devemos apontar que a defesa do meio ambiente esta principalmente prevista no artigo 225, caput, §1º inciso III e §3º, sendo este último responsável pelo fundamento constitucional do dever de reparação dos danos ambientais.

Ademais, a faixa ciliar é área de preservação permanente destinada a proteção da mata ciliar (formação vegetal localizada nas margens dos córregos, lagos, represas e nascentes), conforme artigo 2º alínea "a" da Lei 4771/65 e atual artigo 4º, I da Lei nº 12651/12. Portanto, como área de preservação permanente, segundo o artigo 4º, caput e §1º da Lei nº 4771/65 e atual artigo 8º do Novo Código Florestal, só poderia ter sua vegetação suprimida em caso de utilidade pública ou de interesse social, conceitos esses definidos no artigo 2º, inciso IV e inciso V da antiga lei (atuais artigo 3º, incisos VIII e IX), ***onde não se encaixa o desenvolvimento de atividade econômica de pastagem descrito na questão, caracterizando, portanto, supressão ilegal de vegetação e portanto, dano ambiental a ser reparado.***

Isso, somado a Lei n 6938/81 que em seu artigo 2º, incisos VIII e IX prevê como princípios da Política Nacional do Meio Ambiente a recuperação de áreas degradadas e a

proteção de áreas ameaçadas de degradação e também em seu artigo 3º, inciso II, define como degradação da qualidade ambiental a alteração adversa das características do meio ambiente, apontando no inciso IV como poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental, ***resta claramente caracterizada a atividade de pastagem desenvolvida na fazenda de Fabio Biscoito como de degradação ambiental.***

Ainda, no artigo 4º, inciso VI da PNMA consta à "imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos", onde fica imposto ao poluidor o dever de recuperar e/ou indenizar os danos ambientais causados, conhecido como princípio do poluidor-pagador. Interessante também apontar que o artigo 14, caput e §1º da Lei 6938/81 traz o fundamento legal da responsabilidade objetiva do poluidor de reparar/indenizar os danos ambientais e a legitimidade do Ministério Público para ajuizar a pertinente ação de responsabilidade civil e criminal ambiental o que ocorre através do ajuizamento de ação civil pública ambiental com fulcro nos artigos art. 1º, I, IV, 3º e 5º, I da Lei 7347/85.

Comentário 5

Contudo, a questão traz a seguinte reflexão: o dano ambiental não foi pessoalmente causado pelo atual proprietário da fazenda, Fábio Biscoito, mas sim pelo antigo proprietário, sendo que Fábio apenas continuou a explorar economicamente a área já degradada. Aqui, cabia ao candidato afirmar que o atual proprietário da fazenda era solidariamente responsável com o antigo proprietário pelos danos ambientais existentes na sua fazenda, podendo lhe ser exigido integral reparação e/ou indenização dos danos ambientais identificados no local. ***Isso, em razão da natureza propter rem da obrigação de reparar o dano ambiental (REsp 1237071 / PR),*** *natureza esta que possui fundamento constitucional no artigo 170, III e VI da CRFB/88 que traz a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente como princípios da ordem econômica, o que está diretamente vinculado a questão visto que a propriedade privada, no caso, a fazenda de Fábio Biscoito, além de um direito, também é um dos princípios da ordem econômica, cujo uso deve se coadunar com os demais princípios, quais sejam, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente.* ***Ou seja, aquele que detém a propriedade tem o dever de promover nela sua função social que consiste, no caso da questão, na reparação do dano ambiental nela existente, mesmo não tendo dado causa a ele.*** *Tal função social da propriedade também tem fulcro nos artigos 182, §4º, III 184, "caput", ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que preveem sanções para a inobservância da função social da propriedade, bem como no Código Civil em seu artigo 1.228, §1º.*

Comentário 6

Além dessa reflexão, temos que atentar para a data da aquisição da fazenda por Fábio Biscoito que foi em abril de 1995. Considerando que Fábio Biscoito alega o fenômeno da prescrição para afastar sua responsabilidade civil ambiental, visto que já haviam transcorrido mais de 14 anos desde a aquisição da fazenda até o momento da fiscalização. Contudo,

em que pese controvérsia doutrinária a respeito, já que e a ação civil pública (instrumento utilizado pelo Ministério Público na defesa dos direitos difusos, o que inclui o meio ambiente) possui prazo prescricional de cinco anos (uso analógico do artigo 21 da Lei de Ação Popular), o candidato, conforme nosso entendimento, deveria se posicionar conforme posicionamento do STJ, segundo o qual as infrações ao meio ambiente são de caráter continuado, motivo pelo qual as ações de pretensão de cessação dos ***danos ambientais*** *são imprescritíveis (AgRg no REsp 1421163 / SP; REsp 1223092 / SC; REsp 1237071 / PR).*

(XXXI Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2009) *8ª questão – Direito Civil – Em que consiste a violação positiva do contrato? RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.*

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

A violação positiva do contrato ou do crédito, cuja criação é atribuída a Hermann Staub pela literatura jurídica, tem origem no direito alemão, e surgiu como tentativa de superar uma lacuna de regulação do BGB (código civil alemão), a saber, a caracterização de violações ao contrato distintas das categorias clássicas de violação à obrigação principal (mora e impossibilidade da prestação). A rigor, Staub prevê um grupo de possíveis violações positivas que se referem a) ora ao cumprimento defeituoso (como a parte que contratada para colocar "x" outdoors sobre um produto na cidade, embora cumpra o avençado, coloca os anúncios em lugares ermos); b) ora à violação de deveres laterais baseados na boa-fé objetiva, como os deveres de informação, transparência, correção, cooperação, sigilo, lealdade, cuidado entre outros. Tal idéia se dá à luz da noção da obrigação como um ente jurídico complexo. Em síntese: o instituto se compõe de casos nos quais alguém faz algo que deveria se abster de fazer ou cumpre a prestação a que está obrigado, mas de forma defeituosa.

Comentário!

(A) As chamadas violações positivas do contrato ou do crédito (positive Vertrags-oder Forderungsverletzung) inserem-se, portanto, em um caso de inadimplemento diferente do inadimplemento absoluto e da mora, sendo, destarte, uma hipótese de perturbação da prestação (Leistungstörung), cujo fundamento remonta ao conteúdo da boa-fé objetiva. A rigor, a terminologia correta seria 'violações positivas do contrato' no plural, e não no singular, não só para fazer jus ao título da obra (Die positiven Vertragsverletzungen...), mas também, e sobretudo, porque Staub procura tratar de um grupo de casos e não de um único caso. Consoante destaca o excelente artigo de Raphael Manhães Martins (In: Revista da EMERJ, vol.11, n. 44, ano 2008 - Análise paradigmática do Direito das Obrigações: Boa-fé, deveres laterais e violações positivas do contrato), "a doutrina costuma elencar as seguintes hipóteses como capazes de configurar uma Violação Positiva do Contrato: i) mau cumprimento de

deveres de prestação, gerando danos distintos dos causados pela mora ou pela impossibilidade; ii) recusa antecipada do devedor em cumprir a obrigação; iii) descumprimento de obrigação negativa; iv) o não cumprimento de prestações singulares em contratos de fornecimento sucessivo; v) descumprimento de outros deveres laterais"(p. 233).

(B) O cerne da questão exige do candidato a abrangência do chamado cumprimento defeituoso (Nicht-oder Schlechterfüllung) e das violações aos chamados deveres satelitários ou laterais da boa-fé objetiva (Nebenpflichtenverletzungen).

(C) A terminologia em si, mesmo na Alemanha, também se alterou, uma vez que a doutrina prefere a nomenclatura violações positivas do crédito (Forderungsverletzungen), como assevera Volker Emmerlich, citado na indispensável obra de Renata Steiner:

"As principais categoriais [refere-se à violação da obrigação] são a impossibilidade, o atraso e a geral quebra de dever, a qual pertencem o mau cumprimento (ou má prestação), a culpa nas tratativas negociais (culpa in contrahendo, c.i.c.) assim como a convencional violação positiva do contrato, ou melhor: violação positiva do crédito.

(Tradução livre da autora de: Die wichtigsten Erscheinungsformen sind die Unmöglichkeit, der Verzug und die allgemeine Pflichvertletzung, zu der vor allem die Schlechterfüllung (oder Schlechtleistung), das Verschulden bei Vertragsverhandulung (culpa in contrahendo, c.i.c), sowie die herkömmliche positive Vertrags-oder besser: Forderungsverletzung gehören" - In: STEINER, Renata C. Complexidade intra-obrigacional e a complexidade da obrigação: da violação positiva do contrato. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. 2009, p. 148-149)

(D) A despeito das críticas sofridas pela teoria, a idéia permanece, hoje, e, apesar da diferença acima aludida entre o código civil brasileiro e alemão, MENEZES Cordeiro atesta o grande valor da elaboração teorética:

"as críticas a STAUB e à violação positiva do contrato só ganhariam peso decisivo se lhe fossem contrapostas construções alternativas. Fique assente - no que representa um ponto importante a favor de STAUB - que a existência do problema por ele diagnosticado, isto é, a presença de violações creditícias não integráveis, com linearidade, nos esquemas da mora e da impossibilidade, constantes do BGB é confirmada pelos seus críticos, de modo implícito ou explícito". (Apud STEINER, Renata C. Complexidade intra-obrigacional...p.182)"

(E) Franz Wieacker pontua:

"Enquanto que o direito comum das obrigações apenas conhecia dois tipos de não cumprimento, ou seja, o inadimplemento definitivo (impossibilidade) e o retardamento da acção do cumprimento (mora), hoje todos os outros casos de violação dos deveres contratuais (cumprimento defeituoso [Pflichtverletzung im Vertrag]) obrigam à indenização dos prejuízos e habilitam a outra parte à denúncia do contrato. Esta evolução foi iniciada desde cedo pelo facto de, na esteira de uma indicação pioneira de Staub, a jurisprudência ter reconhecido como incumprimento contratual, além do inadimplemento da prestação ou do adimplemento tardio, também a chamada violação contratual positiva [positive

Vertragsverletzung] (frequentemente, mas não sempre, verificada quando de um acto incorreto de cumprimento). A partir daqui impôs-se progressivamente o ponto de vista de que os três tipos omissão, mora e cumprimento defeituoso da prestação principal eram, afinal, apenas aspectos particulares dum cumprimento da prestação gerador de responsabilidade. A evolução é típica de um abandono, trabalhoso, mas contínuo das posições da pandectística, pois as hipóteses restritas e incompletas de cumprimento defeituoso do BGB fundam-se numa generalização feita por Friedrich Mommsen a partir das fontes romanísticas, nas quais a figura da impossibilidade definitiva estava limitada à obrigação individual proveniente da stipulatio. A formulação geral deste ponto de vista é devida a Ernest Rabel e Heinrich Stoll." (Apud COSTA, Ana da Cunha G. A violação positiva do contrato. Disponível em: http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/a1_ana_cunha.pdf)

(F) Como exemplos de situações de aplicação do instituto em comento, Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria:

Exemplo 1: o dono do veículo manda consertar os travões deste. O mecânico procede ao conserto, mas não informa ao dono que o óleo dos travões está praticamente no fundo. O dono do veículo tem, por isso, um acidente. Exemplo 2: a empresa produtora vende a um industrial uma máquina. Por defeito de fabrico, ela explode quando é posta, na fábrica deste último, em funcionamento. Daqui resultam também vultosos prejuízos nas instalações fabris do industrial. Exemplo 3: A fábrica de cerveja comprometeu-se ao fornecimento de 2 hl. de cerveja, para uma cervejaria, duas vezes por semana. Em vários fornecimentos de cerveja, constatou-se a qualidade inferior dela. Por esse facto, o dono da cervejaria recusou-se a receber posteriores remessas de cerveja. (Apud COSTA, Ana da Cunha G. A violação positiva do contrato. Disponível em: http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/a1_ana_cunha.pdf)

Comentário 2

A título ilustrativo, a própria ideia delineada por Staub:

De acordo com o § 286 BGB o devedor tem de compensar o credor dos danos produzidos pelo atraso. Em mora está aquele que deixa de cumprir uma prestação para a qual ele está obrigado. Com isto está a previsão clara e suficiente para todos os casos onde alguém não cumpre uma prestação para a qual está obrigado, onde alguém não cumpre o que deveria cumprir. Ao contrário, o BGB não contém uma prescrição igual para os inúmeros casos nos quais alguém viola uma obrigação por meio de um fazer positivo, nos quais alguém faz o que está obrigado a se abster ou efetua uma prestação a que está obrigado, mas o faz de forma defeituosa. Tradução livre de: "Nach § 286 BGB hat der Schuldner dem Gläubiger der durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen. Im Verzuge ist, wer eine Leistung unterlässt, zu welcher er verpflichtet ist. Damit ist deutlich und ausreichend Fürsorge getroffen für alle Fälle, wo jemand eine Leistung nicht bewirkt, die er zu bewirken verpflichtet ist, wo jemand unterlässt, was er tun soll. Dagegen entält das BGB eine gleiche Vorschrift nicht für die zahlreichen Fälle, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt, in denen jemand tut, was er unterlassen soll, oder die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft."(In: STAUB, Hermann. Die positiven Vertragsverletzungen.und ihre Rechtsfolgen. (Disponível em: http://www.uni-leipzig.de/~brkern/data/skriptregi2.pdf. Último acesso em 24.03.2015)

(XXXI Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2009) 9ª questão - Direito Civil - OMinistério Público ajuizou, em 10 de março de 2009, representação para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente, em face da pessoa jurídica Dance Clube Danceteria Ltda. e em face do empresário Joaquim Paixão. Este havia locado o espaço para uma festa à fantasia aberta ao público e, em fiscalização durante a madrugada, foi constatada, no local, a presença de 05 adolescentes, com idade inferior a 16 anos, desacompanhados de qualquer dos representantes legais, violando portaria do Juízo. Os adolescentes confirmaram em Juízo estarem no local quando foram abordados pelo Comissário da Infância e Juventude e pelos membros do Conselho Tutelar, afirmando, ainda, que não lhes foram exigidos documentos de identidade na oportunidade do ingresso na danceteria, não existindo qualquer espécie de controle neste sentido pelos funcionários da danceteria, encarregados da fiscalização no local. O Juízo da Infância e Juventude da Comarca de Resende decidiu pela ilegitimidade passiva de Dance Clube Danceteria Ltda. por cuidar-se de pessoa jurídica, condenando, com fulcro no art. 258 da Lei n.º 8.069/90, o empresário Joaquim Paixão ao pagamento de multa no valor equivalente a 10 salários-mínimos, convertidos em cestas básicas a serem entregues a entidade de atendimento local. Agiu com acerto o Juízo? Resposta objetivamente justificada.

Autor: Uriel Fonseca

Sugestão de resposta

O juízo não agiu com acerto, seja com relação à ilegitimidade passiva da pessoa jurídica, seja no que tange à conversão da multa pecuniária em cestas básicas. Explica-se. Os Tribunais têm jurisprudência firme admitindo a responsabilização de pessoas jurídicas de direito privado por infração administrativa, podendo esta conclusão ser extraída a partir do preceito secundário disposto no artigo em comento, que estabelece, além da multa, a possibilidade de "fechamento do estabelecimento", em clara sanção à própria pessoa jurídica envolvida. Além disso, a multa prevista no art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente tem natureza jurídica de multa administrativa, não se confundindo, deste modo, com a multa penal nem lhe sendo aplicáveis institutos específicos da seara criminal, tais como a substituição da pena imposta, não havendo, para tal providência, qualquer respaldo legal.

Comentários

É fundamental, em questões de primeira fase, com espaço reduzido para a apresentação das respostas, que o candidato seja objetivo e responda, logo nas primeiras linhas, aos questionamentos apresentados pela banca examinadora, desenvolvendo, em seguida, sua justificativa e eventualmente trazendo informações complementares. Para embasar a resposta, quanto à possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica de direito privado por infração administrativa, v. STJ, REsp 622.707/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, e, com relação à natureza jurídica da multa nesta sede, v. STJ, REsp 781.015/SC, Rel. Min. Denise Arruda.

2.2. PROVAS ESPECIALIZADAS

(XXXIII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CIVIL – 2014) *1ª questão – Distinga, exemplificando cada qual, obrigação propter rem, obrigação com eficácia real e ônus reais. Resposta objetivamente fundamentada.*

Autora: Vania Cirne

Sugestão de resposta

Trata-se de institutos jurídicostraduzidos como figuras híbridas, constituindo um misto de obrigação e de direito real, encontrando-se entre os direitos reais e os direitos obrigacionais (pessoais).

Antes de se proceder às distinções entre os institutos em comento, passa-se a tecer breves considerações acerca de cada um, exemplificando.

a) Da obrigação propter rem

Traduz-se propter rem como "por causa da coisa". Configura direito misto, nem propriamente real, tampouco essencialmente obrigacional. Portanto, cuida-se de obrigação (pessoal) que recai sobre a coisa, por força de direito real (como o de propriedade), adquirindo, assim, características próprias dos direitos reais, como a aderência e a ambulatoriedade.

Nesse contexto, alterada a titularidade da coisa, as dívidas inerentes à mesma passarão ao novo titular. Com efeito, a obrigação adere à coisa, passando a acompanhar seu novo titular (característica da ambulatoriedade, imanente aos direitos reais).

Temos como exemplos dessa espécie de obrigação: o imposto sobre a propriedade territorial urbana - IPTU; as cotas condominiais; a obrigação de reparar o meio ambiente degradado por parte do proprietário (Lei n.º 12.651/2012, artigo 2º, § 2º; obrigação dos titulares dos imóveis vizinhos para com as despesas relativas a construções de tapumes e divisórias; obrigações relativas ao direito de vizinhança, entre outras.

Em tais casos, o bem seguirá com os débitos pendentes para o novo proprietário, que não poderá eximir-se de sua obrigação, ao argumento de ser a aquisição posterior às dívidas.

b) Da obrigação com eficácia real

Constitui obrigação (pessoal), todavia passa a ter eficácia erga omnes, vale dizer, oponibilidade a todos (qualidade inerente aos direitos reais), quando levado a efeito o devido registro.

Podemos citar como exemplo de obrigação com eficácia real o contrato de locação de imóvel averbado no Registro de Imóveis, na forma do artigo 33, parágrafo único, da Lei 8245/91 c/c artigo 576, parágrafo segundo, do Código Civil. Nesse caso, efetivada a

averbação, adquire o contrato eficácia real, com a notável característica da oponibilidade contra todos, tendo o locatário o direito de preferência, em caso de alienação do imóvel.

c) Ônus reais

Recaem sobre a coisa, configurando gravames ou direitos oponíveis erga omnes e constituindo, assim, limites ao uso e gozo da propriedade, aderindo à coisa. Diz-se, inclusive, que quem deve é a coisa, porquanto, uma vez inadimplida a obrigação, será aquela excutida. A renda constituída sobre imóveis constitui exemplo de ônus reais.

Das distinções

Pelo exposto, conclui-se que, à medida que a obrigação propter rem recai sobre uma pessoa, em virtude de determinado direito real, a mesma pode permanecer, ainda que pereça a coisa. Diversamente, os ônus reais, que recaem sobre a coisa, desaparecem, perecendo o bem.

Outrossim, na obrigação propter rem, o devedor responde com todos os seus bens, ilimitadamente, pois é ele que se encontra vinculado. Já quando dos ônus reais, a responsabilidade é limitada ao bem onerado.

Ademais, a obrigação propter rem pode advir de obrigação negativa, enquanto os ônus reais implicam sempre em prestação positiva.

Quanto à natureza das ações cabíveis, outra distinção: quando dos ônus reais, a ação possui natureza real; nas obrigações propter rem, a ação tem cunho pessoal.

Por sua vez, a obrigação com eficácia real, muito embora mantenha seu caráter de direito à prestação, obrigacional, é oponível a terceiros, observado o requisito do registro. Destarte, não perde seu caráter de direito à prestação, entretanto ganha força de direito real.

Comentários

1 - Optou-se, na resposta, por introduzir a matéria, explanar resumidamente sobre casa instituto, para, enfim, distingui-los. Ressalte-se que não é pacífica a distinção entre ônus reais e obrigações propter rem. Por isso, conceituar os institutos e traças suas principais características, primeiramente, pode demonstrar o conhecimento que o candidato possui da matéria, antes de adentrar na pretendida distinção.

2 - Vale informar que, para evitar dispersão do tema, não foi feita distinção entre direitos reais e diretos obrigacionais, no corpo da resposta. Contudo, uma vez que os institutos versados constituem figuras híbridas entre os preditos direitos, eis as principais diferenças:

- O direito real é oponível erga omnes (a todos), ao passo que o direito pessoal tem por sujeito passivo um sujeito determinado;

- O objeto do direito real é sempre determinado, já o do direito pessoal é determinável;

- O direito real exige a existência atual da coisa, diversamente do direito pessoal, que admite sua possibilidade;

- O direito real é exclusivo, enquanto o direito pessoal não exige a exclusividade;

- O direito real pode ser adquirido por usucapião, inadmissível para os direitos pessoais;

- O direito real conserva-se, inobstante seu não exercício, até que se constitua situação favorável a outro titular (usucapião), já o direito pessoal extingue-se pela inércia;

- O direito real é suscetível a posse;

- O direito real adere e acompanha a coisa;

- O titular do direito real goza de preferência, em caso de falência ou concurso creditório;

- O titular do direito real pode abandoná-lo;

- O direito real tende à perpetuidade, ao passo que os direitos pessoais ou de crédito, em regra, nascem para serem extintos com o adimplemento.

3 -A seguir, as principais características dos direitos reais, algumas citadas na resposta acima:

- Oponibilidade erga omnes:

Os direitos reais produzem efeitos em face de todas as pessoas, sendo absolutos, pois. A coletividade é sujeito universal, consoante adeptos da teoria personalista. Acerca dessa teoria, cumpre transcrever o seguinte ensinamento de Hans Kelsen:

"Sob influência da antiga jurisprudência romana costuma distinguir-se entre direito sobre uma coisa (jus in rem) e o direito em face de uma pessoa (jus in personam). Esta distinção induz em erro. Também o direito sobre uma coisa é um direito em face de pessoas. Quando, para manter a distinção entre direito real e pessoal, se define aquele como o direito de um indivíduo a dispor por qualquer forma de uma coisa determinada, perde-se de vista que aquele direito apenas consiste em que os outros indivíduos são juridicamente obrigados a suportar essa disposição quer dizer: a não impedir ou por qualquer forma dificultar; que, portanto, o jus in rem é também o jus in personam. De primária importância é a relação entre indivíduos, a qual também no caso dos chamados direitos reais consiste no dever de uma determinada conduta em face de um indivíduo determinado. A relação com a coisa é de secundária importância, pois apenas serve para determinar com mais rigor a relação primária." (in Teoria Pura do Direito. Rio de Janeiro: Ed. Martins Fontes, 1999, 5 Ed., p. 145/ 146)

- Aderência

Os direitos reais aderem ao seu titular, passando a acompanhá-lo. Também é denominada inerência, e tem por consequência a ambulatoriedade e a sequela. Esta é traduzida pelo direito de perseguir a coisa, podendo o titular de direito real reavê-la onde e com quer que ela esteja. A ambulatoriedade, por sua vez, consiste nessa aptidão do direito caminhar com seu titular, após aderir à coisa.

- Preferência

Tem o titular do direito real de garantia a prerrogativa de receber seu crédito antes dos demais credores.

- Perpetuidade

Não se extinguem os direitos reais pelo não uso, salvo os direitos reais sobre coisa alheia de gozo ou fruição, como a servidão predial e o usufruto.

Ressalte-se que a usucapião não se trata de prescrição extintiva do direito real. A usucapião tem por natureza jurídica a aquisição, e não a perda da propriedade. Nesse viés, caso o bem não venha a ser usucapido, seu titular permanecerá gozando da propriedade, com todos os seus consectários.

- Publicidade

Tendo em vista a característica da oponibilidade a todos, é fundamental a publicidade da titularidade do direito sobre um bem, a fim de que a coletividade, conhecendo-a, seja obrigada a respeitá-la.

- Taxatividade

Tradicionalmente, o rol dos direitos reais é taxativo, numerus clausus. Não obstante, o denominado condomínio de fato encontra guarida na própria Constituição da República, em homenagem ao princípio da função social da propriedade, merecendo a aludida característica relativização, face ao comando do legislador constituinte.

(XXXIII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CIVIL – 2014) *2ª questão – João, maior e capaz, filho de Joana, que era caseira do sítio pertencente a Dalva, propõe, 20 (vinte) anos após o falecimento desta, ação de usucapião extraordinária em face de seu espólio. Alega, na inicial, que reside no local desde que nasceu, tendo lá permanecido, sem oposição dos herdeiros da proprietária, após a morte de sua mãe, ocorrida 8 (oito) anos antes do ajuizamento da ação. Sustenta também ter ampliado as construções já existentes no imóvel, a fim de abrigar um número maior de familiares. Como representante do Ministério Público, opine sobre a pretensão de João, dispensada a forma de parecer. Resposta objetivamente fundamentada.*

Autor: Rafael Schinner

Sugestão de resposta

Alguns fatores devem ser analisados para que se chegue à conclusão a respeito da viabilidade de se conceder a João o que pretende: a declaração de propriedade sobre o bem outrora pertencente a Dalva.

Com efeito, para que João logre obter a usucapião, impende que ostente a denominada posse ad usucapionem, que é a posse capaz de dar sustentação ao pedido de usucapião. João, conforme consta do enunciado, é sucessor da caseira do imóvel. Esta situação jurídica deve ser analisada pormenorizadamente para se evitar decisões equivocadas.

Conforme consta do enunciado, João, autor da demanda de usucapião, é sucessor de Joana, uma fâmula da posse. Nesta qualidade, Joana não era, inicialmente, possuidora do

imóvel em que trabalhava como caseira, mas mera detentora. Aplica-se, no caso, o disposto no art. 487 do CC/1916, considerando-se que tempus regit actum. Insta salientar que o art. 1.198, do CC/2002, traz previsão legal no mesmo sentido do revogado Código Civil.

A seu turno, se Joana a posse tivesse, João a receberia, por herança, na qualidade de sucessor universal, com os mesmos caracteres titularizados pela de cujus (art. 495 do CC/1916 e art. 1.206 do CC/2002), fenômeno este denominado de sucessio possessionis. No entanto, João, de acordo com o enunciado, não teria, a princípio, nada a herdar de Joana no que se refere ao sítio, porque posse ela não tinha. O vínculo de Joana com Dalva é uma relação de trabalho. Joana é, para todos os efeitos, uma empregada doméstica. Seu óbito acarreta a extinção do contrato de trabalho e a permanência de sua família no sítio dependeria de permissão, ou tolerância, dos proprietários ou possuidores.

Por ser mera detentora, Joana não possuía o imóvel em questão. Assim, jamais poderia se iniciar o prazo para usucapião, a não ser que um evento extraordinário, denominado de interversão do caráter da posse, viesse a ocorrer.

A interversão do caráter da posse excepciona o princípio da continuidade do caráter da posse, previsto no art. 1.203 do Código Civil de 2002 e outrora previsto no art. 492 do CC/1916, admitindo que a causa da posse seja alterada. De acordo com o aludido princípio, a posse mantém-se com as mesmas características de quando adquirida. Exemplificativamente, a posse iniciada com boa-fé permanecerá sendo considerada de boa-fé e a posse iniciada sob a forma injusta permanecerá classificada como tal. No entanto, a continuidade do caráter da posse é uma presunção iuris tantum. Como presunção relativa que é, admite prova em contrário, conforme consentem os próprios dispositivos citados.

A mutação do caráter da posse pode ocorrer por diversos meios. Pode se dar por acordo de vontades (o possuidor direto compra o bem do possuidor indireto), por ato unilateral de vontade (o depositante comunica ao depositário que está renunciando em seu favor bens que lhe foram entregues) e pela interversão do caráter da posse. No caso da interversão, a alteração do caráter da posse se dá por iniciativa exclusiva do possuidor, que determina, por seu novo modo de possuir, a mutação da causa possessionis. O possuidor muda por si mesmo a causa da posse. É o caso, por exemplo, do comodatário que, negando-se a restituir a coisa, passa, por meio do esbulho, de possuidor direto, com posse justa e de boa-fé, a possuidor pleno, com posse injusta e de má-fé.

Há farta jurisprudência admitindo, também, a interversão do caráter da posse para permitir que alguém que apenas ostentava posse ad interdicta passe a titularizar posse ad usucapionem. A posse ad interdicta é aquela que concede ao possuidor o poder de manejar as ações possessórias e de exercer o desforço imediato (autotutela) contra terceiros e contra o proprietário ou possuidor indireto. No entanto, a posse ad interdicta não permite a usucapião. Para que se permita a usucapião, mister que se possua com animus domini, e não com mero animus tenendi. Com efeito, o possuidor deve se comportar como se dono fosse e não apenas como se exercesse poderes sobre o bem em virtude de direito pessoal ou real mantido contra o possuidor indireto (art. 1.197 do Código Civil).

No caso em apreço, para que João postule a usucapião extraordinária, imperativo que Joana tenha passado a possuir a coisa com animus domini e, dessa sorte, com posse ad usucapionem, transmitindo-a, com sua morte, a seu filho.

Aqui surge outra questão, que consiste em saber se pode um detentor, que não é, portanto, possuidor, interverter o caráter da posse. Em uma leitura mais afoita, tal premissa soa no mínimo teratológica, já que não existe, propriamente, previsão legal para interversão do caráter da detenção.

Entretanto, deve-se ter em mente que, adotada a teoria de Ihering, posse e detenção não possuem diferença no plano ontológico. Existindo a affectio tenendi, a posse também existirá. E, a seu turno, haverá affectio tenendi em qualquer espécie de tença, bastando, para tanto, o corpus. Partindo-se dessa premissa estrutural da teoria "objetiva" de Jhering, posse e detenção passam a não mais serem distinguidas sob o aspecto ontológico, diferentemente do que ocorreria se se adotasse a teoria "subjetiva" de Savigny. Por isso, a detenção nada mais é do que uma posse desqualificada ou degradada, da qual o legislador, por razões de política-legislativa, decidiu retirar efeitos que tão-somente são atribuídos ao possuidor, sobretudo o de reintegrar-se na posse contra o proprietário ou contra o possuidor indireto.

Uma interessante visão doutrinária do fenômeno defende, acertadamente, que a posse é formada por elementos positivos e por elementos negativos. Os elementos positivos variam de acordo com a doutrina adotada (Savigny ou Jhering). Os elementos negativos, denominados de causa degradationis, desqualificam a posse para detenção, se verificados. Cuidam-se de elementos eleitos pelo legislador e previstos taxativamente pela lei. Ausente a previsão legal de degradação da posse, posse será.

Partindo-se da premissa de que a posse e a detenção não possuem, ontologicamente, diferenças estruturais, plenamente admissível, portanto, que um detentor venha a interverter o caráter de sua posse e, a partir daí, se tornar verdadeiro possuidor.

Logo, para que João possa fazer a usucapião na modalidade que evoca (extraordinária), Joana deve ter praticado ato ou atos que conduzam à conclusão de que houve interversão do caráter da posse, passando, dessa sorte, do status de detentora ao de possuidora, e com posse ad usucapionem.

De acordo com o que consta do enunciado, tudo indica que isto ocorreu.

Dalva, por certo, faleceu há 20 (vinte) anos. João ali reside no local desde que nasceu e sem oposição dos herdeiros da proprietária. Tudo está a sugerir que Joana, nesse longo período de tempo, passou a exercer a posse como se dona fosse. Defensável, portanto, que ocorreu a interversão do caráter da posse. O STJ possui precedentes no sentido de que o comodatário, por exemplo, pode passar a possuir com animus domini e com posse ad usucapionem se, após longo período de inércia do comodante, passar a comportar-se como se dono fosse.

Vê-se, portanto, que o abandono do bem pelos proprietários conjugado com o exercício de posse, pela caseira, como se dona fosse, pode acarretar a interversão do caráter da posse, dando início ao prazo para usucapião.

No entanto, outros pontos ainda devem ser observados.

Não se sabe, até aqui, se João é o único herdeiro de Joana. Se não o for, seu direito de usucapir, sozinho, o bem, ficará obstado pelo condomínio instituído pela saisine (art. 1.572 do CC/1916). No entanto, nada impede, a princípio, que todos os herdeiros manejem a ação de usucapião. João poderá pleitear a adição subjetiva da inicial. Os próprios coerdeiros poderão pleitear sua inclusão no polo ativo. Caso outros sucessores não anelem participar da ação, surge a possibilidade de citá-los para que tomem uma de duas posturas: resistir à pretensão, contestando, ou ficar inertes, aproveitando-se, neste caso, da coisa julgada, pro et contra, a ser produzida.

Por outro lado, ainda que tenha ocorrido a interversão do caráter da posse, não é possível, de antemão, determinar o dies a quo do prazo de usucapião. Para isso, elementos sensíveis da realidade deverão ser estudados. Impende perquirir o momento em que os herdeiros de Dalva deixaram de procurar o imóvel e pararam de custeá-lo. Também impende conferir o momento em que deixaram de pagar o salário de Joana. Tais atitudes caracterizam abandono. Deverá ser pesquisado, ademais, a partir de que momento Joana passou a ocupar o sítio como se dona fosse, arcando com seus custos, ocupando a sede do imóvel, convidando outros parentes para ali residir etc. Tais dados dependem de prova e apenas podem ser considerados à luz de todos os elementos juntados aos autos.

Há que se considerar, ainda, a regra do direito intertemporal prevista no art. 2.028 do CC/2002.

Com efeito, a depender do momento em que ocorreu a interversão do caráter da posse, o prazo poderá ser aquele previsto no art. 550 do CC/1916 (vinte anos) ou o previsto na cabeça do art. 1.238 do CC/2002 (quinze anos). O prazo poderá, em tese, ser, ainda, o previsto no art. 1.238, parágrafo único, do CC/2002 (dez anos), acrescido do período de que trata seu art. 2.029. Aliás, é mencionado, no enunciado, que João ampliou, manu propria, as construções já existentes no imóvel, a fim de abrigar um número maior de familiares. Tal tornaria possível, em tese, a aplicação da usucapião extraordinária prevista no parágrafo único do art. 1.238 do CC/2002, o que seria possível ainda que João tivesse pleiteado a do caput, por se tratar de matéria de direito e, afinal, iura novit curia.

Em conclusão, opinaria, como Promotor de Justiça, pela plausibilidade jurídica do pedido de João. No entanto, lograria obter informações sobre se Joana deixou outros herdeiros, o que poderá acarretar consequências na composição do polo ativo ou até mesmo prejudicar a usucapião. Ademais, postularia pela produção de provas, a fim de se verificar se ocorreu verdadeira interversão do caráter da posse, procurando saber se os herdeiros de Dalva abandonaram o imóvel e se Joana passou a se comportar como se dona dele fosse. Com isso, seria possível identificar o dies a quo do prazo prescricional aplicável e concluir pela norma de regência aplicável (se a prevista no art. 550 do CC/1916 ou se a prevista no art. 1.238 do CC/02) para, só então, emitir opinião segura a respeito da usucapião.

Comentários

Pode um caseiro fazer usucapião do imóvel em que prestava seus serviços? É possível convolar uma posse ad interdicta em ad usucapionem?

A questão aborda um dos institutos mais badalados da posse, que é a interversão do caráter da posse, prevista tanto no art. 492 do CC/1916 como no art. 1.203 do CC/2002. O termo interversão veio da expressão latina interversio possessionis. Nada obstante, é comum encontrar quem se valha dos termos transformação, alteração ou mesmo inversão do caráter da posse para designar esta espécie de modificação da causa possessionis (TJ-RJ - APL: 00782779619988190001 RJ 0078277-96.1998.8.19.0001, Data de Julgamento: 09/09/2014, SÉTIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 11/09/2014 00:00). No entanto, tal não é aconselhável, pois, além de confundir a espécie de mutatio causae possessionis com o gênero, demonstra desconhecimento da origem celsiana do termo (a propósito, vide Pontes de Miranda, in Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo X, Direito das Coisas: Posse. Campinas: Editora Bookseller, 2002, 1a ed, p. 85-86), que aponta a particularidade de ser esta a única forma ensimesmada de transformação da causae possessionis e, daí, ser inter, e não alter, como as demais formas acima citadas, justificando a necessidade do uso correto do prefixo.

Não há discussão a respeito da possibilidade de interversão do caráter da posse em geral. Doutrina e jurisprudência, de forma majoritária, quiçá uníssona, admitem-na. A norma é clara: a continuidade do caráter da posse é uma presunção juris tantum (artigos 492 do CC/1916 e 1.203 do CC/02). Foi, inclusive, publicado, na Terceira Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF), o Enunciado 237, que trata especificamente do tema, verbis:

237 - Art. 1.203: É cabível a modificação do título da posse - interversio possessionis - na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do animus domini.

A questão aborda outro dos mais intrigantes institutos relacionados à posse, que é a detenção. Durante séculos, talvez milênios, juristas dos mais diversos povos tentaram explicar por que alguns são possuidores e por que outros são detentores (vide Pontes de Miranda, op. cit., p. 59). A diferença entre a detenção e a posse é, decerto, captada pela intuição humana (Humberto Theodoro Junior, in Curso de Direito Processual Civil, Procedimentos especiais, Volume III. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 105). No entanto, exprimir esta intuição em palavras e sistematizá-la, estabelecendo critérios racionais de taxonomia, é tarefa que desafiou, e ainda desafia, a cultura jurídica.

Considerações à parte, importa saber que Joana, mãe de João, é detentora, conforme se infere da leitura do art. 487 do Código Civil/1916, vigente à época dos fatos. Importa, por conseguinte, saber se o detentor pode passar ao status de possuidor valendo-se da interversão do caráter da posse.

A doutrina e a jurisprudência admitem-na, e o fazem porque, adotada a teoria de R. von Jhering, não há de se cogitar em diferença ontológica entre a posse e a detenção (Pontes de Miranda, op. cit., p 55). Se se adotasse a teoria subjetiva de Savigny, a diferença entre posse e detenção seria verificada pela análise da presença do animus domini: havendo corpus e

animus domini, estar-se-ia diante de posse; presente o corpus e ausente o animus domini, haveria detenção. A diferença seria, por assim dizer, ontológica, e subjetivamente verificada. Com Jhering, tudo é diferente. Afinal, para Jhering, posse há sempre que houver corpus mais animus, porém Jhering fala em animus tenendi, e não animus domini, tal qual defendia Savigny. O animus tenendi se faz presente sempre o sujeito aja tal qual age um proprietário. E "O animus tenendi é o mesmo para a detenção e para a posse: não há animus possidendi que dele se diferencie" (Pontes de Miranda, op. cit., p. 56). O candidato deve se atentar para o fato de que a denominada teoria "objetiva" de Jhering não refuta a existência de qualquer elemento volitivo para caracterização da posse. Não é pela ausência de elementos subjetivos que sua teoria é chamada de objetiva. A teoria é objetiva porque presume a posse, sendo certo que apenas não haverá posse se o ordenamento jurídico subtrair, daquele que tenha o corpus e a affectio tenendi, a possibilidade de manejo de interditos, desqualificando a sua situação jurídica, dessa sorte, para a detenção. Leia-se, a propósito, o que ensina Fábio Ulhoa Coelho, verbis:

Em Savigny, o critério discriminatório é o animus domini, presente na posse (e a autorizar a sua proteção) e ausente na detenção (a justificar o seu desamparo). Em Jhering, o elemento volitivo, o comportamento do possuidor similar ao do proprietário (animus tenendi) não serve para proceder a esta distinção, posto que também o detentor se comporta de forma análoga ao proprietário. A discriminação será possível por força de disposições legais que excluam certas situações (detenção) da proteção possessória. Por isso, é que a teoria de Jhering é denominada objetiva: porque desconsidera o sujeito da definição de detenção ou posse e considera apenas a ordenação positiva dos institutos (Ulhoa Coelho, Fábio. Dos Elementos da Posse no Direito Comparado. In Revista Justitia do Ministério Público de São Paulo, vol. 126 (pág. 77), 1984, p.88).

Vê-se portanto, que "(...) o sistema jurídico, inspirado por motivos de ordem prática, negativamente, tirou a eficácia possessória (= de tutela possessória) a algumas relações que, sem isso, não seriam simples detenção, mas posse" (Pontes de Miranda, op. cit., p. 56). A detenção nada mais é, para Jhering, do que a posse juridicamente desprovida de proteção (JHERING, Rudolf von. Teoria simplificada da posse. Trad. bras. de Pinto Aguiar. Bauru: EDIPRO, 1999, p.24/25). Sua teoria é essencialmente negativa: detenção é a posse a que se recusam os interditos, de modo que o ônus da prova de que não há posse incumbe ao réu (Pontes de Miranda, op. cit., p. 56).

Conforme leciona o saudoso professor Tupinambá Miguel Castro Nascimento, a posse seria, para a teoria objetiva, formada por elementos positivos (corpus e animus tenendi) e negativos (causa degradationis), sendo que o "elemento negativo é a situação fática ou jurídica que tem força de descaracterizar uma relação que, não fosse tal circunstância, seria possessória" (in Posse e Propriedade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2a ed., p. 18).

Considerando-se que posse e detenção são, portanto, ontologicamente idênticos, nada obsta que o fâmulo da posse interverta seu caráter, passando a possuir a coisa com corpus, como já o fazia, e com animus domini. A hipótese não é admitida com facilidade pela jurisprudência, que tende a exigir excepcional lapso temporal e contundente prova do abandono da coisa pelo possuidor ou proprietário (TJ-PE - AGV: 2595548 PE , Relator: Itabira de

Brito Filho, Data de Julgamento: 07/02/2014, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 18/02/2014; TJ-RS - AC: 70054412556 RS , Relator: Carlos Cini Marchionatti, Data de Julgamento: 26/06/2013, Vigésima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/07/2013; TJ-SP - APL: 06228908420008260000 SP 0622890-84.2000.8.26.0000, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 25/04/2013, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/04/2013; TJ-RJ - APL: 00021540220078190079 RJ 0002154-02.2007.8.19.0079, Relator: DES. MONICA MARIA COSTA DI PIERO, Data de Julgamento: 08/10/2013, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/02/2014 20:30). Entretanto, não raro se encontram precedentes favoráveis (TJ-PR - APL: 10476878 PR 1047687-8 (Acórdão), Relator: Denise Antunes, Data de Julgamento: 26/11/2014, 18ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1493 10/12/2014), embora seja de se reconhecer que é mais fácil encontrar precedentes acolhendo a interversão para os que outrora possuíam o bem na qualidade de possuidores diretos (TJ-RJ - APL: 00021540220078190079 RJ 0002154-02.2007.8.19.0079, Relator: DES. MONICA MARIA COSTA DI PIERO, Data de Julgamento: 08/10/2013, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/02/2014 20:30).

Esses são os núcleos da questão.

Outras questões, também interessantes, porém satelitares, podem ser levantadas.

Joana possui outros filhos? Possui algum legatário? Pois, caso possua, o pedido de usucapião extraordinária de João ficará prejudicado, pois não logrará obter esta modalidade de usucapião contra os demais sucessores. Neste caso, o polo ativo da demanda deverá, obrigatoriamente, ser aditado, embora a existência do denominado litisconsórcio ativo necessário encontre acirrada resistência na doutrina. Quem trabalha com usucapião rotineiramente encontra essa dificuldade. Na prática, a não participação do denominado litisconsorte ativo necessário no polo ativo da demanda se assemelha a uma verdadeira resistência à pretensão, admitindo-se, por isso, que o coautor necessário seja citado para forçadamente participar da demanda e assim sofrer os efeitos de eventual coisa julgada material que poderá vir a ser produzida (neste sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In Código de Processo Civil Interpretado. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 155). É o que defendem, dentre outros, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, verbis:

Citado, aquele que deveria ter sido litisconsorte necessário ativo passa a integrar de maneira forçada a relação processual. Já integrado no processo, esse réu pode manifestar sua vontade de: a) continuar no pólo passivo, resistindo à pretensão do autor; b) integrar o pólo ativo, formando o litisconsórcio necessário ativo reclamado pelo autor (in Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: RT, 2004, 8ª ed. p. 475)

De outra banda, os prazos para usucapião foram alterados, substancialmente, com a entrada do novo Código Civil. É importante que o candidato demonstre saber trabalhar com o direito intertemporal, aplicando, corretamente, o disposto nos artigos 2.028, 2.029 e 2.030 do Código Civil. É comum, na praxe forense, constatar erronia no manejo, por exemplo, de ação "de usucapião extraordinária" evocando-se o caput do art. 1.238 do Código Civil, quando o correto seria aplicar o prazo vinterário do art. 550 do Código Beviláqua. A considerar pela data da prova (2010), e observando-se que a antiga proprietária havia falecido há 20 anos, muito provavelmente seria o art. 550 do CC/1916 o fundamento jurídico do pedido (STJ

- AgRg no REsp: 1320217 MG 2012/0027434-9, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 21/11/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/12/2013; TJ-RS - AC: 70053152567 RS , Relator: Gelson Rolim Stocker, Data de Julgamento: 06/06/2013, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/07/2013; TJ-SC - AC: 20140054790 SC 2014.005479-0 (Acórdão), Relator: Jaime Ramos, Data de Julgamento: 05/11/2014, Quarta Câmara de Direito Público Julgado; TJ-MG - AC: 10447120010288001 MG , Relator: Pereira da Silva, Data de Julgamento: 25/06/2013, Câmaras Cíveis/10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/07/2013).

Deve-se consignar que a posição aqui defendida é ousada. Admissível que se defenda a impossibilidade de João pleitear a usucapião com base, por exemplo, na excepcionalidade da interversão do caráter da posse. Resposta neste sentido não seria considerada errada. É importante, em qualquer caso, que o candidato demonstre saber operar com os diferentes institutos jurídicos envolvidos na questão, expondo as divergências eventualmente existentes e assumindo, justificada e firmemente, uma posição.

Aqui fica a dica: o candidato deve defender o que realmente acredita. É isso o que se quer de um Promotor de Justiça. Sua livre consciência juridical motivada, protegida pela prerrogativa da independência funcional (art. 127, §1º, da CRFB/88), é, por certo, sua mais cara distinção, motivo por que muitos procuram a carreira. Valorize-a. O membro da banca apreciará o candidato que provoque reflexões, desde que, por evidente, as discussões sejam levantadas com cientificidade e elegância. Admirável é o candidato que possui personalidade e assume uma posição justificada, ainda que divirja da do membro da banca. O examinador perceberá que o candidato valoriza sua prerrogativa e isso será considerado na avaliação.

Lembre-se de levar, para a prova, um Código Civil de 1916.

Mãos à obra e boa sorte!

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CIVIL – 2012) *1ª questão – Tramitam no Juízo Único da Comarca de Iguaba Grande os processos de abertura, registro e cumprimento do testamento e o de inventário dosbens deixados pelo Sr. Fábio José Biscoito, que faleceu no ano de 2010, com 45 anos de idade. No momento da abertura da sucessão o de cujus deixou o seguinte patrimônio: seis imóveis situados no Município de Iguaba Grande, avaliados em R$ 100.000,00 (cem mil reais), cada. Fábio José foi casado com Júlia Biscoito durante 26 anos pelo regime da comunhão parcial de bens e todo o seu patrimônio foi adquirido onerosamente após o enlace matrimonial. Do relacionamento conjugal nasceram dois filhos, André Pato e Guilherme Ovo, hoje com 25 e 15 anos de idade, respectivamente. Em razão de problemas de comportamento André Pato reside com sua avó paterna desde os 18 anos de idade. Dois anos antes de falecer, Fábio José havia doado um imóvel para a sua esposa Júlia e outro para o seu filho Guilherme Ovo (com a devida outorga), ambos situados na cidade de Silva Jardim, adquiridos onerosamente em 2006 e avaliados no momento da liberalidade em R$ 70.000,00 (setenta mil reais), cada. Além disto, no ano de 1999 o de cujus elaborou um testamento, na forma pública, incluindo cláusula de inalienabilidade em todos os*

seus imóveis, fulcrado no receio da dilapidação patrimonial, visto que a locação dos mesmos era a principal renda familiar. Estipulou, ainda no citado testamento, que a metade do seu patrimônio deveria ser dividida entre Júlia e Guilherme Ovo. Após tal data, Fábio José nunca mais modificou, revogou ou ratificou a cédula testamentária, que foi realizada cumprindo todas as formalidades exigíveis à época. Nos autos do processo de inventário André Pato informa as liberalidades feitas em vida por seu pai e requer a colação dos valores de mercado dos imóveis à época da doação. Júlia e Guilherme Ovo se manifestam no processo aduzindo a desnecessidade da colação em razão da presunção de que tais disposições relacionam-se à parte disponível do patrimônio do de cujus e à inexistência de regra expressa determinando a colação. Alegam, subsidiariamente, não concordar em colacionar os valores do momento da liberalidade, mas sim os valores de mercado atuais dos bens, que efetivamente sofreram desvalorização, ou os próprios imóveis. Inconformado com a inclusão da cláusula de inalienabilidade, André Pato também intenta ação anulatória do testamento, aduzindo a impossibilidade de inserção da mesma na parte atinente à legitima e a ocorrência de rompimento do testamento. De maneira subsidiária, sustenta a necessidade de uma interpretação das regras atinentes ao testamento conforme a Constituição Federal de 1988, considerando os princípios constitucionais da isonomia constitucional entre os filhos (proibição de tratamento discriminatório) e da dignidade da pessoa humana. Na ação anulatória Júlia e Guilherme Ovo discordam dos fundamentos apresentados, alegando que o testamento foi elaborado em conformidade com a legislação, tanto a que vigorava no momento de sua elaboração, como o atual Código Civil. O magistrado, após analisar as questões suscitadas nos processos acima descritos, determina o encaminhamento dos autos ao Ministério Público para manifestação. Na qualidade de Promotor de Justiça, como você se posicionaria em relação a todas as questões suscitadas e aplicáveis ao caso em tela? As afirmações devem ser sempre fundamentadas, inclusive apontando os dispositivos legais incidentes (a questão NÃO é para ser respondida em formato de peça processual). RESPOSTA JUSTIFICADA.

Autora: Adriana Garcia

Sugestão de resposta

O caso apresentado refere-se, principalmente, a questões suscitadas e aplicáveis à sucessão testamentária de Fábio, tendo-se por premissa os fatos apresentados no enunciado.

A primeira questão refere-se à colação do valor dos imóveis adquiridos e doados pelo falecido à sua esposa e a seu filho menor após a realização do testamento, no ano de 2008. Sobre esse ponto, nenhuma das partes está totalmente com a razão. Tem aplicação, no caso, a norma do art.544 do CC/02, que prevê que a doação de bens de ascendentes a descendentes, ou entre cônjuges, importa em adiantamento do que lhes cabe por herança (a legítima), portanto, em regra, não se refere à parte disponível do patrimônio de que tratou o testamento. No entanto, conforme o art.2002 do CC/02, apenas os bens doados aos descendentes devem ser colacionados para igualar a legítima, salvo diante de dispensa expressa do doador (art. 2.006 do CC/02), devendo ser

considerado o valor avaliado no momento da liberalidade, e não por ocasião da abertura da sucessão, como ocorre com os demais bens, em atenção ao art. 2.004 do Código Civil. Portanto, não sendo mencionada dispensa expressa da colação pelo doador, o bem doado ao filho menor deverá ser levado à colação, considerando o valor avaliado no momento da liberalidade.

Destaca-se que, considerando que a relação matrimonial é regulada pelo regime da comunhão parcial de bens e que o patrimônio apresentado na ocasião da sucessão é comum, o cônjuge sobrevivente não sucederá em concorrência com os descendentes, de acordo com a melhor interpretação do art. 1.829 do Código Civil, fixada também em enunciado de Jornada de Direito Civil do CJF, uma vez que esta já tem direito à meação no que se refere aos bens comuns. Desta forma, o bem doado ao cônjuge não pode ser considerado como adiantamento da legítima, mas sim da parte disponível. Em que pese o cônjuge seja considerado herdeiro necessário (art.1.845 do CC), nem sempre haverá sucessão nos bens do falecido, posto que devem ser observadas as regras da sucessão legítima e a ordem da vocação hereditária.

A segunda questão refere-se aos fundamentos da ação anulatória do testamento. Acerca da cláusula de inalienabilidade, deve ser destrinchada a questão de direito intertemporal atinente aos artigos 1848 e 2042, ambos do CC/02.

O testamento de Fábio foi elaborado no ano de 1999, momento em que vigiam as regras do CC/16, sendo, portanto, este o diploma normativo paradigma para aferição da validade do negócio jurídico praticado, em atenção ao princípio do tempus regit actum, apesar de sua eficácia se dar apenas com a morte. A aplicação de uma lei nova a determinada hipótese deverá respeitar o ato jurídico perfeito, em atenção aos ditames da norma fundamental extraída do art.5º, inciso XXXVI, da CR/88 e da norma geral do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que devem prevalecer na hipótese. Portanto, a exigência de justa causa para a aposição de cláusula de inalienabilidade dos bens da legítima, que só surgiu no CC/02, com o disposto nos artigos acima mencionados, não poder ser colocada como condição de validade do negócio jurídico praticado, posto que é exigência posterior à constituição do ato. A despeito da existência de posicionamento diverso, deve prevalecer o entendimento de que a norma prevista no art.2.042 do CC/02 não deve ser aplicada, por violar o ato jurídico perfeito. O princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia entre os filhos não são suficientes, na hipótese, à invalidade da cláusula restritiva. A interpretação pretendida equivaleria à não aplicação de uma norma expressa e válida ao tempo da realização do testamento. No entanto, nada impede que os efeitos futuros da cláusula sejam questionados, nos termos do artigo 2.035 do CC/02, no que tange a função social da propriedade, o que a doutrina chama de retroatividade mínima.

Comentário 1

Nem sempre o candidato se recorda especificamente de qual Jornada de Direito Civil é algum enunciado, sendo indicado colocar da forma acima mencionada. Destaca-se que tais

enunciados não são leis, mas apenas entendimentos fixados em séries de palestras realizadas pelo Conselho da Justiça Federal, e que servem de orientação aos órgãos da Justiça Federal. Caso se recorde com segurança de qual seja, pode ser mencionado o enunciado específico. O enunciado em referência é o 270, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que dispõe: "O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes".

Comentário 2

A sucessão e a legitimação para suceder são reguladas pela lei material vigente ao tempo da abertura da sucessão, nos termos do art.1.787 do CC/02, o que ocorre com o falecimento; já as normas processuais são aplicadas imediatamente.

Comentário 3

Com relação ao entendimento defendido na resposta sugerida, há divergência doutrinária acerca da aplicação do art. 2.042 do CC/02. Conforme o enunciado, o candidato deve fundamentar a resposta adotando um dos posicionamentos. Parte da doutrina defende ser plenamente válida a aplicação do citado dispositivo, tendo em vista a crítica pretérita ao advento do Novo Código Civil acerca da validade da cláusula de inalienabilidade, que implica a impenhorabilidade e a incomunicabilidade, nos termos do art. 1.911 do CC/02 e do enunciado da Súmula nº 49 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, observa Carlos Roberto Gonçalves: "O art. 2.042 do Código Civil constitui regra transitória, dizendo que se aplica o disposto no caput do art. 1.848 e, portanto, 'não subsistirá a restrição', quando a sucessão for aberta no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do diploma de 1916, se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima. Obviamente, diz Zeno Veloso, 'para as sucessões que se abrirem depois de um ano da entrada em vigor do novo Código Civil, aplica-se o que determina o caput do art. 1.848. As pessoas que tiverem feito testamento estabelecendo cláusulas restritivas à legítima, seguindo o que faculta o art. 1.723 do Código Civil de 1916, terão de fazer novo testamento, aditando o anterior, para declarar a justa causa aposta à legítima. Se não tomarem essa providência, e se a sucessão abrir-se depois de um ano do começo da vigência deste Código, não subsistirá a restrição'". (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Título II, Capítulo II, item 2.). De outro lado, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau apresenta a seguinte referência em vários julgados monocráticos por ele proferidos: "Ao cuidar do ato jurídico perfeito, o preceito constitucional está a referir situações existentes e válidas [mesmo que ainda não eficazes] - exemplificando: o testamento formalizado no regime da lei anterior, enquanto vivo o testador, e, de

forma geral, os negócios jurídicos sujeitos a condição suspensiva. Nesses casos, verificados os pressupostos da existência e os elementos da validade, as situações mantêm-se íntegras, a salvo de eventuais modificações, no direito positivo, que incidam sobre tais pressupostos e elementos. Não se trata, então, de direito adquirido, mas de ato jurídico perfeito - os contemplados pelo testamento feito no regime da lei anterior [enquanto vivo o testador], ou os contratantes que se vincularam sob condição suspensiva [enquanto esta não se verifica], não são titulares de 'direito adquirido'. Resulta nítida, destarte, a distinção entre direito adquirido e ato jurídico perfeito, o que evita a confusão entre ambos, quando o primeiro é submetido ao segundo e vice-versa. Pois é certo existir direito adquirido que não se funda em ato jurídico perfeito [os direitos do nascituro, v.g.] e ato jurídico perfeito que não implica direito adquirido [justamente os negócios sujeitos a condição suspensiva e o testamento, em ambos os casos enquanto, respectivamente, não verificada a condição, ou vivo o testador]." (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário - RE 613157/SP - São Paulo,Julgado em 30/06/2010; Recurso Extraordinário - RE 612982/PE - Pernambuco, julgado em 22/06/2010; Recurso Extraordinário RE 602724/RS - Rio Grande do Sul, julgado em 26/02/2010; RE 566956/MG - Minas Gerais, julgado em 09/12/2009.)

Comentário 4

Conforme explica Carlos Roberto Gonçalves, "a cláusula de inalienabilidade não excederá, em duração, à vida do herdeiro. Nos casos em que é admitida, não obstará a livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, a sua transmissão, desembaraçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos, pois, quando vitalícia, extingue-se com a morte do herdeiro necessário, não podendo ultrapassar uma geração. Como o testamento só produz efeitos após a morte do testador, quando os bens já estarão livres da restrição, a deixa é válida. Nessa consonância, proclamou o Superior Tribunal de Justiça: 'A cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade, disposta no testamento em favor da herdeira necessária, desaparece com o seu falecimento. A cláusula pode apenas atingir os bens integrantes da legítima enquanto estiver vivo o herdeiro, passando livres e desembaraçados aos herdeiros deste. Com a morte do herdeiro necessário (CC/1916, art. 1.721; CC/2002, arts. 1.846 e 1.829), que recebeu bens clausulados em testamento, os bens passam aos herdeiros deste, livres e desembaraçados (CC/1916, art. 1.723; CC/2002, art. 1.848)'." (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direito das Sucessões. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Título II, Capítulo II.)

Comentário 5

Recomenda-se a leitura do seguinte texto sobre o tema: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=a829d860-4b82-465b-a43e-8f4d1efcbb3d&groupId=10136

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CIVIL – 2012) *2ª questão – Diferencie as teorias dos atos anormais, do risco proveito e do*

risco criado, esclarecendo qual(is) dela(s) foi (ou foram) adotada(s) no parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil. RESPOSTA JUSTIFICADA.

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

A chamada teoria dos atos anormais foi defendida (e depois abandonada) por Georges Ripert, civilista francês, como um critério para aferição da responsabilidade extracontratual. A figura foi especificamente projetada para dirimir conflitos ínsitos à temática do direito de vizinhança e tem seu cerne no denominado uso anormal da propriedade. A ruptura do estado ou situação de normalidade das possibilidades de uso da propriedade gera, assim, responsabilização. Esta teoria, ao revés das teorias do risco-proveito e do risco criado, não se baseia na idéia de risco, mas de anormalidade nos possíveis usos da propriedade.

A despeito de abandonada posteriormente por Ripert, que retornou a uma concepção subjetiva de responsabilidade extracontratual, vozes importantes defendem a influência ainda hoje do construto teorético do civilista francês. No Brasil, em particular, Hely Lopes Meirelles defende em obra sobre o direito de construir a aplicação da tese da anormalidade para fundamentar o mau uso da propriedade no direito de vizinhança. O próprio Código Civil brasileiro, no título III - Da propriedade, capítulo V, intitula a seção I como "Do uso anormal da propriedade". O art. 1277 estipula que "o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha". O parágrafo único salienta ainda que "proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização", dentre outros critérios.

A teoria foi criticada duramente pelos irmãos Mazeaud no sentido de que a referida anormalidade na utilização da propriedade não passaria de mero ato culposo, perfeitamente evitável pelo homem diligente, consciencioso.

Se é verdade que o disposto no art. 927, parágrafo único do NCC/02 pontua que "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem", tal formulação não corresponde àquela ideia delineada por Ripert. Apesar de a teoria da anormalidade se situar num contexto de busca por critérios outros que não a culpa para a fundamentação da responsabilidade aquiliana (ao menos não expressamente), não há como afirmar que o dispositivo em comento a acolheu.

O surgimento das teorias que fundamentam a responsabilidade extracontratual na existência do risco corresponde à derrocada do conceito de culpa como base da responsabilidade civil, isto é, do abandono cada vez maior de critérios subjetivos, baseados na discussão e aferição da culpa no caso concreto. Tal se deu por uma conjunção de fatores.

No plano histórico-social, o capitalismo e a revolução industriais alavancaram a economia dos países por meio do desenvolvimento de novas tecnologias que, se por um lado geravam maior conforto e facilidades, por outro lado inseriram as relações num caminho sem volta: o da crescente dependência de atividades arriscadas, a ocorrência de acidentes e ausência de regras claras para a regulamentação de tais atividades. O sem-número de fábricas e a assunção de riscos pelos trabalhadores urbanos aliados à necessidade da demonstração de culpa para que fizessem jus às indenizações por acidentes de trabalho, estabeleceu, sem dúvidas, um solo fecundo às discussões.

Tudo isto trouxe, e continua a trazer, crescente complexidade às relações humanas e na gestão dos riscos inerentes a um estilo de vida totalmente diferente do anterior. Ulrich Beck, em sua obra sobre a 'sociedade de risco' (Risikogesellschaft) traduz de forma sistemática estes desafios constantes deste tipo de sociedade.

No plano jurídico, em primeiro lugar, as estruturas típicas da responsabilidade subjetiva não mais logravam explicar e tratar adequadamente das relações em que o risco passava a ser elemento preponderante. Em segundo lugar, a necessidade de demonstração da culpa em um esquema de responsabilidade subjetivo tornava a vítima mais vulnerável. As dificuldades de demonstração da culpa pela vítima e a própria situação de vulnerabilidade desta, em uma sociedade cada vez mais dependente de tecnologias utilizadas corriqueiramente por todos, mas sem que a maioria sequer entenda a dinâmica de funcionamento e operação destas mesmas tecnologias, geraram uma situação de transição do modelo da culpa para o modelo da responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada no risco.

Este cenário convergiu para a eleição de outros valores ou premissas de orientação da responsabilidade civil, a saber: o crescimento de uma visão baseada menos na discussão da culpa e mais na reparação efetiva dos danos e prejuízos à luz da solidariedade social, da justiça distributiva e do compartilhamento social dos ônus da sociedade de risco, fatores estes que, insofismavelmente, materializam os comandos constitucionais imbuídos da construção de uma sociedade livre, justa e solidária sob o pilar republicano da dignidade da pessoa humana. Em última análise estas são as razões da própria redação atual do art. 927, parágrafo único do NCC/02.

No plano jurídico-dogmático, a revolução copérnica da responsabilidade extracontratual remonta às colaborações de Louis Josserand e Raymond Saleilles e tem seu berço no direito francês. A responsabilidade subjetiva, inerente à doutrina liberal que animava o Código Napoleônico, cedeu lugar a uma nova jurisprudência e leis.

É Raymond Saleilles quem dá o primeiro passo em sua obra clássica sobre os acidentes de trabalho e a responsabilidade civil, em que se busca no art. 1382 do Código Napoleônico o parâmetro objetivo para questionar a responsabilidade subjetiva por ato ilícito formulada no art. 1384. Saleilles afirma ainda que a responsabilidade extracontratual diz respeito a uma questão de risco e não a uma questão de culpa e que, devendo chamar as coisas pelo seu próprio nome, propõe a substituição da culpa, uma vez que tal orientação seria mais condizente, sob o ponto de vista social, com a ideia de dignidade humana e, igualmente, corresponde à tentativa de interpretação extensiva do próprio autor em referência ao art. 1382 do código civil napoleônico.

É, ainda, firme o autor na crítica à culpa, chegando a dizer que esta é uma humilhação e algo fantasioso. Advoga, assim, a substituição da culpa pela causalidade com uma visão fortemente embasada pelas ideias de equidade social.

O trabalho de Saleilles causaria mudanças impactantes na jurisprudência e legislação francesa, dando azo, por exemplo, à legislação trabalhista que obrigava o patrão a indenizar os trabalhadores pelo risco profissional, independentemente da demonstração de culpa por estes.

As ideias de Saleilles encontraram ressonância em Louis Josserand que, a despeito de tecer críticas ao seu antecessor, colaborou decisivamente na estabilização das teorias do risco como fundamento à responsabilidade objetiva. Josserand, em suas célebres conferências, aprofunda a crítica de Saleilles e sedimenta o cainho para a difusão das teorias do risco. Seja a noção do risco-proveito, seja a do risco criado. Coo asseverava o próprio Josserand, as teorias do risco significam um último estágio de evolução da compreensão da responsabilidade, que migra da necessidade de culpa, passando pela chamada culpa presumida até a objetivização dos critérios de aferição da responsabilidade calcada na aferição do risco.

A título ilustrativo, a teoria do risco engloba uma série de variantes além da do risco proveito e do risco criado, havendo ainda as chamadas teorias do risco integral, do risco profissional e do risco excepcional.

A responsabilidade objetiva não é, assim, uma novidade trazida pelo Novo Código Civil, mas fruto de um pujante debate histórico e que já estava presente no ordenamento brasileiro, ainda que de forma esparsa. Por exemplo, no Decreto 2.681/1912, que em seu art.1°, não obstante preveja a culpa presumida, fundamenta-se na ideia de risco criado aos passageiros na temática da responsabilidade nas estradas de ferro. Também no Código Brasileiro Aeronáutico (Lei 7.565); na Lei 6.453, a qual dispõe que a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências, segundo setor da doutrina fundamentada pela ideia de risco integral, mas para outro setor, mais técnico, caso de responsabilidade pelo risco criado. Igualmente, a Constituição da República trouxe ou corroborou hipóteses claras de responsabilidade objetiva, como a responsabilidade civil do Estado no art. 37, parágrafo 6°, a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente (art. 225, parágrafo 3°), a despeito de a Lei 6.938 em seu art. 14, parágrafo 1° já trazer hipótese de responsabilidade objetiva, além das hipóteses dos arts. 21, XXIII e 7°, XXVIII. Ressalte-se o art. 1.529 do Código Civil de 1916 que também trazia a hipótese de responsabilidade sem culpa ao habitante da casa pelo dano causado das coisas que desta caíssem ou fossem lançadas. Por fim, a responsabilidade objetiva baseada no risco presente no Código de Defesa do Consumidor (responsabilidade pelo fato e vício do produto ou do serviço - arts. 12 a 17).

A teoria do risco-proveito fundamenta-se na máxima latina de que 'onde está o ganho, também está o ônus' (ubi emolumentum, ibi onus), isto é, todo aquele que extrai ganho, lucro ou vantagem do exercício de uma atividade está sujeito à reparação do

dano daí advindo. Nesta vertente da teoria do risco, necessária se faz a demonstração do proveito auferido. Necessidade essa ausente na teoria do risco criado.

Ainda no que se refere à teoria do risco-proveito, existe o problema não menos tormentoso de estabelecer critérios para determinar o alcance e significado do termo 'proveito'. Para determinado setor, proveito se liga, essencialmente a atividades geradoras de lucro, o que restringiria a aplicabilidade da regra a quem desempenha atividades empresariais, ou seja, capazes de organizar os fatores de produção para fins de circulação de produtos e oferecimento de serviços.

Caso o termo seja interpretado com maior amplitude, outras categorias de atividade seriam abarcadas, aproximando-se de uma concepção integral do risco, uma vez que é possível deduzir alguma vantagem (mesmo não econômica), posto indireta, de praticamente qualquer atividade exercida. Os inconvenientes sob o prisma da definição do significado e alcance do proveito e, sobretudo, a imprescindível demonstração deste por parte da vítima para que se tornasse devida a reparação (uma espécie de retrocesso) colaboraram para que a teoria do risco criado ganhasse destaque e adeptos.

Por seu turno, a teoria do risco criado fundamenta o dever de reparar na mera atividade criadora de risco. Com a superveniência do dano e estando presente o nexo de causalidade, não há cogitar de eventual proveito para a responsabilização. Ainda que haja alguma controvérsia doutrinária, é possível afirmar que o parágrafo único do art. 927 se aproximou e escolheu a variante do risco criado. Não obstante esta informação a apreensão do significado das normas contidas neste dispositivo demanda exame mais detido.

O referido dispositivo diz que: "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Em primeiro lugar, o elemento 'independentemente de culpa' indica o teor objetivo da responsabilidade e que caberá à vítima a mera prova do nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida e o dano causado, sem quaisquer referências ao proveito auferido. Trata-se, destarte, da chamada cláusula geral de responsabilidade objetiva.

Em segundo lugar, o legislador acentua que as disposições contidas em leis especiais não serão afetadas pela disposição em comento, consoante as hipóteses delineadas acima, exemplificativamente.

Em terceiro lugar, o legislador abre nova possibilidade além da dos casos já delineados em leis especiais. Trata-se das hipóteses em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Alguns pontos merecem atenção: a) o que é atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano?; b) quais os critérios de aferição?; e c) o que significa 'por sua natureza' implicar risco para direito de terceiros?

Sobre a atividade desenvolvida é de se salientar que a doutrina estabelece que se deve levar em conta não só a proteção das vítimas e a atividade do autor dos danos, mas também a prevenção e o interesse social envolvido. Isto inaugura uma espécie de

juízo de ponderação em que se enfrentam a proteção e prevenção da vítima e, ao mesmo tempo, o interesse social na atividade desenvolvida. Discute-se na doutrina se atividade seria sinônimo de serviço ou abrangeria significado mais amplo.

Também afirma a doutrina a aplicação do dispositivo quando a atividade normalmente desenvolvida, apesar de não defeituosa, induzir por suas qualidades intrínsecas risco específico e diferenciado para os direitos alheios. O critério de avaliação deste risco se baseará em considerações de estatística, probabilidade à luz do estado da arte ou da ciência consolidada, prova técnica e no conhecimento haurido da experiência.

Há quem afirme a necessidade de a atividade normalmente desenvolvida corresponder ao teor do art. 966 do NCC/02, no sentido de encerrar atividade profissional e economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, exigência esta que, contudo, para setor doutrinário, não parece encontrar ressonância na moldura normativa do parágrafo único do art. 927, o qual apenas remete à natureza da atividade e, não necessariamente, à incidência de aspectos econômicos ou empresariais.

A atividade deve ser normalmente praticada, isto é, frequentemente e não de modo esporádico. O caráter de reiteração, habitualidade e organização da atividade seriam, assim, notas presentes no conceito.

A atividade deve ainda, conforme respeitável doutrina, ter como elemento intrínseco a criação e realização de riscos de determinada intensidade e categoria, além dos riscos comumente observáveis. Deve ter aptidão para gerar riscos diferenciados e com ofensividade a direitos de terceiros. O risco deve ser, assim, da essência da atividade, indissociável desta. Tratar-se-ia, pois, de atividade (essencialmente) de risco e não de risco da atividade. No primeiro caso, o risco sempre está presente em maior ou menor grau de acordo com as condições e circunstâncias de tempo, modo, lugar e outros fatores. Ao revés, risco da atividade não implica, necessária e essencialmente, a presença de riscos diferenciados sempre que a atividade em apreço for concretizada. Registrem-se, porém, opiniões no sentido de que a atividade não necessariamente deve ter o risco como essência, posição esta que amplia o alcance da expressão.

Além disto, há de se sublinhar que a atividade normalmente desenvolvida não precisa representar no caso uma atividade anormal ou mesmo antijurídica. Ao revés, depreende-se que esta atividade do parágrafo único do art. 927 é habitual, constante, reiterada e, inclusive, pode ser licitamente levada a cabo, não havendo que se falar em critérios de anormalidade, como, por exemplo, a proposta de Gaudemet, baseada na teoria do risco criada por atividade anormal, sendo a anormalidade verificada por meio de critérios consuetudinários.

À guisa de síntese: a teoria dos atos anormais se diferencia das teorias do risco proveito e do risco criado porque a) não elege o risco como critério de apuração do dever de indenizar, mas sim a anormalidade no uso da propriedade e porque b) conforme visto e salientado pela crítica dos irmãos Mazeaud, não parece diferir da própria idéia de culpa, que se pretendia superar. Também não é uma teoria adotada pelo art. 927,

parágrafo único do NCC/02, apesar de ter lançado raízes em outros dispositivos, como o art. 1277 do NCC/02, no direito de construir e de vizinhança.

As teorias do risco criado e do risco proveito são uma resposta à responsabilidade subjetiva típica do período liberal. Aproximam-se no sentido de significarem modelos objetivos de apuração da responsabilidade extracontratual. Afastam-se na medida em que no risco-proveito existe a vinculação do dever de reparar à prova do proveito auferido, o que significa um ônus à vítima, retrocesso este responsável pelo esvaziamento do constructo teórico em comento. Também se afasta da teoria do risco criado pelo fato de que nesta não há cogitar da natureza econômica ou empresarial da atividade desempenhada, o que significa uma exigência a menos à incidência do dever de indenizar.

A despeito de posições em contrário, a teoria do risco criado restou acolhida pelo art. 927, parágrafo único e, não obstante as críticas que sofre e o constante aperfeiçoamento de suas linhas mestras, mostra-se consonante com os ditames de justiça social, solidariedade social e equidade nas relações em prol do primado da efetiva reparação e compartilhamento dos riscos da complexa sociedade atual.

Comentário 1

Hely Lopes Meirelles assim escreveu sobre a teoria da anormalidade no direito de construir:

O conceito de normalidade no direito de construir abrange todas as formas e modalidades de uso da propriedade. Normal é o exercício do direito de construir sem lesão para a vizinhança : anormal é toda construção ou atividade que lese o vizinho na segurança do prédio, ou no sossego ou na saúde dos que o habitam. Tudo que prejudica a vizinhança além dos incômodos próprios da comunidade entende-se anormal e, portanto, enquadrável no conceito de mau uso da propriedade, repudiado pelo direito (Código Civil, art. 554) (...) Este dispositivo acolhe e consagra no nosso direito positivo o princípio da relatividade do direito de propriedade, ou mais adequadamente, o da normalidade de seu exercício. O que a lei está a dizer é que ao proprietário ou possuidor só é lícito o uso regular do imóvel, sem abuso ou excesso na fruição de seus direitos. Toda utilização que exceder a normalidade, vale dizer, os padrões comuns de uso da propriedade, segundo a destinação e localização do imóvel, erige-se em mau uso, e como tal pode ser impedido pelo vizinho, por anormal. A teoria da normalidade, sistematizada por RIPERT, domina hoje todo o exercício do direito de propriedade, notadamente nas soluções dos conflitos de vizinhança. [Apud OLIVEIRA, Cláudia Abreu de. Estudo de Impacto de Vizinhança: Um Aspecto da Função Social da Propriedade Urbana. Revista de Direito da Cidade, vol.03, nº 02. ISSN 2317-7721, p. 211-212.].

Comentário 2

Art. 1382 do Código Napoleônico: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer (Tradução livre:"Todo fato, qualquer que seja, daquele que causar a outrem um dano, obriga aquele, por culpa de quem este ocorreu, a repará-lo)". O dispositivo subordina a responsabilidade, claramente, à ocorrência de culpa (faute), a despeito do esforço interpretativo explicado no comentário 3.

Comentário 3

Conforme pontua Saleilles: "A teoria objetiva é uma teoria social que considera que o homem faz parte de uma coletividade e que o trata como uma atividade frente às individualidades que o circundam. Eu não sei de nada tão falso e, às vezes, humilhante como esta ideia de culpa posta em relevo pelos menores atos de nossa atividade e pelas menores manifestações de nossa liberdade. Ao qualificar de imprudência o que é fato ordinário de todos aqueles que agem; o infortúnio de um acidente torna-se uma culpa e um delito. Se é assim, portanto, chamemos as coisas pelo seu nome. Deixemos de lado essa ideia de culpa e digamos, simplesmente, que será mais equitativo sob o ponto de vista social e mais conforme a ideia mesma de dignidade individual, que cada um ao agir corre riscos e quando um infortúnio ocorrer como resultado de um fato voluntário e livre, o autor do fato pagará pelos riscos: é o preço da liberdade e é, igualmente, a fórmula que procurei demonstrar, do art. 1382. (...) Que a responsabilidade seja fundada na ideia de culpa é o ponto de vista penal (...) Historicamente e do ponto de vista romano, este foi, com efeito, a origem primeira de toda a teoria do delito civil; isso jamais foi totalmente suprimido. Mas esta não é a questão: se um dano se produz, trata-se de saber quem suporta os prejuízos pecuniários. Agir é correr riscos e a vida não se ocupa de outra coisa senão disto; é uma questão de saber como repartir os riscos entre os que enfrentam as consequências. Não é mais uma questão de culpa; é uma questão de equidade social.". Tradução livre do original: "La théorie objective est une théorie sociale qui considere l homme comme faisant partie d úne collectivitè et qui le traite comme une activité aux prises avec les individualitès qui l éntourent. Je ne sais rien de faux et parfois d humiliant comme cette idèe de faute mise en avant pour les moindres actes de notre activité et les moindres manifestations de notre libertè. On qualifie d ímprudence ce qui est le fait ordinaire de tous ceux qui agissent; le malheur qui a fait qu ún accident est survenu devient une faute et un délit. S íl en est ainsi, appelons done les choses par leur nom. Laissons cette idée de faute de côte, et disons tout simplement, ce qui sera plus équitable au point de vue social, et plus conforme à l ídée même de la dignité individuelle, que chacun en agissant court des risques, et que là où un malheur arrive par suite d ún fait volontaire et libre, l áuteur du fait paiera les risques: c ést le prix de la libertè, et c ést également la formule, j ái essayé de le demontrer, de l árticle 1382. (....)Que la responsabilité soit fondée sur l ídée de faute c ést le point de vue pénal (...) Historiquement, et au point de vue romain, telle a été en effet l órigine première de toute cette théorie du délit civil; elle ne s én est jamais complètement dégagée. Mais là n ést pas la question: un dommage se produit, il s ágit de savoir qui doit en supporter le préjudice pécuniaire. Agir c ést courir des risques, la vie n ést faite que de cela; il s ágit de savoir comment les répartir entre ceux qui les subissent. Ce n ést plus une question de faute, c ést une question d équité sociale" (in: Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d úne théorie de La responsabilité délictuelle. Paris: Rosseau, 1897, p. 74-75).

Consoante salientava Caio Maio: "O maior valor da doutrina sustentada por Raymond Saleilles, e que seria, por certo, a razão determinante da conquista de espaço em seu país e no mundo ocidental, foi ter engendrado a responsabilidade sem culpa, assentando-a em disposições do próprio Código Civil francês, que desenganadamente é partidário da teoria da culpa, proclamada por expresso no art. 1.382. Em esforço de interpretação do vocábulo

"faute", Saleilles argumenta com o art. 1.384, entendendo que foi empregado na acepção de "fait", equivalendo à causa determinante de qualquer dano" (In: SILVA, Caio Mário Pereira da. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 22.

Comentário 4

Ressalte-se a opinião abalizada de Luiz Roldão de Freitas Gomes, sobre a adoção da teoria do risco criado:

"Inequivocadamente, filiou-se o legislador aqui ao conceito de risco criado. Nas palavras do inolvidável Mestre, Prof. e Des. Serpa Lopes (Curso de direito civil. Vol. V, p. 155) "pelo próprio fato de agir, o homem frui todas as vantagens de sua atividade, criando riscos de prejuízos para os outros, de que resulta o justo ônus dos encargos". Segundo o Prof. Caio Mário da Silva Pereira (Responsabilidade civil. Forense, 1989. p. 300) ela tem lugar "quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". É mais vantajosa do que a concepção do risco-proveito, porquanto não impõe ao prejudicado o ônus de demonstrá-lo em favor do autor do dano, menos ainda questiona sobre sua natureza, se de ordem econômica, ou não. "O que se encara é a atividade em si mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente (...)". "A idéia fundamental da teoria do risco pode ser simplificada, ao dizer-se que, cada vez que uma pessoa, por sua atividade, cria um risco para outrem, deveria responder por suas conseqüências danosas". Vai nisso um problema de causalidade. No Direito Italiano, Massimo Bianca (Responsabilitá civile. Milano: Giuffrè, 1994. p. 686 e SS.) explana que a responsabilidade objetiva se inclui na noção e disciplina do ilícito e revela idêntico fundamento: a violação do dever de respeito a outrem. Corresponde à exigência prevalente de tutelar terceiros também contra fatos não culpáveis daqueles que, mediante atividades ou coisas, expõem os outros a um perigo não completamente evitável, embora com emprego da diligência adequada à natureza das atividades ou da coisa. Está conforme o princípio de justiça social, segundo o qual o risco de danos a terceiros inevitavelmente conexos a uma atividade ou coisa deve ser suportado por quem a exerce ou usa a coisa" (in: "Aspectos controvertidos do Novo Código Civil". Coord. Arruda Alvim; Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas - escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 457.

Comentário 5

Veja-se a célebre conferência de Josserand sobre a evolução da teoria da responsabilidade: "Conhecia-se a palavra do nosso velho MONTAIGNE que, nos seus 'Essais", constata-se que "le dommage de l úm est le profit de l áutre, e que parecia bem aceitar essa lei natural, filosofia e bom humor...(...) quando um acidente sobrevém, em que a vítima nada se pode censurar, por haver descumprido um papel passivo e inerte, sentimos intuitivamente que lhe é devida uma reparação; precisamos que ela a obtenha, sem o que nos sentiremos presos de um mal estar moral, de um sentimento de revolta; vai-se a paz de nossa alma. (...) Quem, dos nossos dias, admitiria que um operário, vítimas dum acidente cuja causa é desconhecida, ficasse sem reparação e que a miséria e a fome se instalassem no seu lar? Ninguém,

tenho a certeza. (...) Toda a teoria tradicional da responsabilidade repousava sobre a velha ideia de culpa: não há responsabilidade sem culpa provada; eis um dogma milenário, herdado do direito romano, uma verdade primária que as gerações de juristas se transmitiam de século em século, e que resistia a tudo...(...) Então, a vítima dum acidente, mais geralmente dum dano qualquer, devia, para obter uma indenização, oferecer uma tríplice prova; precisava estabelecer, antes de tudo, que sofrera um dano; depois, que seu adversário cometera um delito; enfim que o dano decorria do dito delito; dano, culpa, relação de causa entre esta e aquele...Ora, no caso, o ônus probatório era singularmente pesado; constituía um considerável handicap para aquele sobre cujos ombros caía. (...) Impor à vítima ou aos seus herdeiros demonstrações dessa natureza equivale, de fato, a recusar-lhes qualquer indenização; um direito só é efetivo quando a sua realização, a sua praticabilidade é assegurada. A teoria tradicional da responsabilidade repousava manifestamente em bases muito estreitas; cada vez mais se mostrava insuficiente e perempta...(...) Por essa concepção nova, quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as consequências, abstração feita de qualquer falta cometida. (...) Não é cometer uma falta fazer uma companhia ferroviária transitarem seus trens nos trilhos: ela obteve para esse fim uma concessão dos poderes públicos e realiza um serviço público: não obstante, se as trepidações dos trens comprometem a solidez das casas marginais, se o fumo das locomotivas enegrece uma lavanderia estabelecida precedentemente perto da via férrea...não será de toda justiça conceder uma reparação à vítima desses prejuízos? (JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil - Conferência. In: Revista Forense, vol. LXXXVI, ano XXXVIII. Rio de Janeiro, abril – 1941, p. 548 e seq.)

Comentário 6

Resposta baseada na leitura e estudo, à época e hoje, das obras de: a) SCHREIBER, A. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. Ed.Atlas; b) LIMA, Alvino. Culpa e Risco. Revista dos Tribunais; c) Leitura de enunciados das Jornadas de Direito Civil do CJF; d) STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. Ed. Revista dos Tribunais, tomo I.; e) demais obras citadas nos comentários.

Enunciados das Jornadas de Direito Civil do CJF (a consulta aos enunciados não tem sido permitida nos últimos concursos, de modo que o leitor deve tê-los na memória antes da prova):

e. 38 - Art. 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

e. 446 - Art. 927: A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.

e. 448 - Art. 927: A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem.

São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.

(XXXI CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CIVIL–2009) *1ª questão – Discorra sobre as diferenças entre a doação e a compra e venda de ascendentes a descendentes e de descendentes a ascendentes no ordenamento pátrio, abordando, também, os efeitos sucessórios porventura existentes.*

Autora: Mariana Trino

Sugestão de resposta

A compra e venda de ascendente a descendente é anulável, por disposição do art. 496, caput, CC/02, salvo consentimento expresso dos demais descendentes e cônjuge do alienante (dispensado, no que se refere ao cônjuge, se o regime de bens for separação obrigatória, conforme o parágrafo único do dispositivo). Cuida-se de situação onde viciada a legitimação, ou seja, a especificação da capacidade, referente à prática de certos e determinados negócios jurídicos. A natureza do vício foi alvo de polêmica em sede doutrinária, restando pacificada pelo diploma de 2002 que, ao determinar a anulabilidade, consagrou a preponderância do interesse privado sobre o interesse público quanto ao tema.

Logo, aplica-se à hipótese a disciplina dos arts. 172 a 179, do CC/02, salientando-se que a invalidação do negócio jurídico sujeita-se ao prazo decadencial de dois anos, uma vez que a regra do art. 179 superou o disposto na antiga súmula 494, do STF, aprovada ainda na vigência do Código Civil de 1916. Nesse sentido aponta a jurisprudência recente do STJ e o enunciado 368, CJF/STJ.

Com efeito, o ato já era considerado viciado pelo CC/16, sempre com o objetivo de resguardar o princípio de igualdade da legítima. A ratio da norma é evitar a simulação de uma alienação a título gratuito sob a forma de compra e venda, o que geraria diminuição patrimonial, em prejuízo de herdeiros necessários. Por isso, há a previsão da condição de validade de consentimento dos descendentes e cônjuge, que deve ser expresso, não se admitindo o consentimento tácito. Tratando-se de herdeiro incapaz, como é clara a colisão de interesses, faz-se imperiosa a nomeação de curador especial, a fim de representá-lo.

A norma extraída do referido art. 496 menciona o consentimento dos demais descendentes. Contudo, a interpretação doutrinária e jurisprudencial majoritária é no sentido de ser necessária a concordância apenas dos descendentes com expectativa de serem chamados à sucessão, por serem os mais próximos em grau ou por direito de representação, em caso de herdeiro pré-morto. Assim se manifestam, por exemplo, Gustavo Tepedino e Sílvio Venosa.

Do contrário, compete aos prejudicados, no referido prazo decadencial, promover judicialmente a invalidação do contrato. Todavia, uma vez prestado o consentimento, por ser a compra e venda negócio jurídico bilateral e oneroso, após a morte do ascendente, não há que se falar em colação do bem.

No que se refere à venda de descendentes a ascendentes, não há a imperiosidade de consentimento para afastar nulidade relativa. Em verdade, durante o trâmite legislativo do CC/02 foi alterado o projeto original para excluir esta hipótese de anulabilidade. Não obstante, foi mantida, na redação do parágrafo único, do art. 496, a expressão "em ambos os casos", que fazia alusão à venda de descendentes a ascendentes. Tal termo deve ser desconsiderado, o que, inclusive, encontra-se consagrado no enunciado 177, CJF/STJ. Não poderia ser diferente, uma vez que não é admitido criar situações proibitivas onde a lei é omissa e não há qualquer menção legal a vícios neste caso.

Por sua vez, nos termos do art. 544 do CC/02, a doação de ascendentes a descendentes é, a princípio, válida, dentro dos limites da legítima, desde que não haja outros vícios. Contudo, importa, por presunção legal, em adiantamento do que lhes cabe por herança, a fim de se tutelar o princípio da igualdade das legítimas e, em última análise, o princípio da igualdade entre os filhos, enunciado no art. 227, §6°, CF/88 e no art. 1.596, CC/02.

Assim, o descendente beneficiado pela liberalidade deverá, após a abertura da sucessão, trazer o bem à colação, consoante art. 2.002, CC/02, sob pena de sonegados, ou seja, de perda do direito sobre a coisa (art. 1.992, CC/02). Entretanto, pode o doador dispensar o donatário da colação, determinando que esta saia da sua parte disponível, como autoriza o art. 2.005, CC. Por isso, diz-se que a norma não visa à tutelar igualdade absoluta de quinhões entre os descendentes, embora proteja a isonomia mínima entre eles, que reside na legítima.

Em suma, a colação traz à partilha o bem recebido em vida pelos descendentes a título de doação, pois o art. 544, CC, cria a presunção de antecipação das quotas legítimas. Ocorre que o doador, desde que não exceda a parte disponível, pode, como mencionado, afastar tal disciplina.

Caso a doação feita a herdeiros necessários exceda a parcela disponível acrescida da legítima, a doação terá sido inoficiosa, cabendo a sua redução nos termos do art. 2.007, §3°, CC. Trata-se de hipótese de invalidade no que se refere à parte excedente, devendo o donatário repor o bem ou o valor em dinheiro, caso este não mais exista.

Por fim, tal qual na compra e venda, a lei não estende a disciplina às doações realizadas por descendentes a ascendentes. Não compete, portanto, ao intérprete criar restrições, de modo que os ascendentes estão livres de trazer os bens recebidos por liberalidade à colação.

(XXXI CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CIVIL - 2009) *2ª questão - A AAIMR - Associação de Adquirentes de Imóveis e Mutuários da Região dos Lagos - propõe Ação Civil Pública em face da sociedade empresária Viver Bem, na comarca de Iguaba Grande, em razão dos seguintes fatos:*

Sessenta pessoas adquiriram terrenos no empreendimento chamado "Loteamento Nova Ipitanga", sendo alegado na petição inicial que: a) os terrenos vendidos pela sociedade empresária Viver Bem se encontravam em área de proteção ambiental; b) os

terrenos vendidos eram menores do que o permitido pela legislação; c) a propaganda que ensejou a aquisição dos terrenos relatava a existência de infraestrutura já montada, em conformidade com a legislação aplicável, o que era inverídico; d) a ocorrência de dano ambiental em razão da instituição do empreendimento.

O autor da ação formulou os seguintes pedidos: 1 - paralisação imediata de qualquer construção, bem como cessação das obras de infraestrutura; 2 - ressarcimento material dos danos individuais e coletivos, eventualmente causados; 3 - dano moral coletivo; 4 - demolição de quaisquer obras porventura existentes; 5 - paralisação da comercialização dos terrenos e das propagandas realizadas; 6 - recuperação da área degradada.

A pessoa jurídica Viver Bem foi citada, apresentando as seguintes alegações em sua peça de defesa: a) a gleba está devidamente registrada no Cartório do Registro de Imóveis; b) não existe qualquer gravame na matrícula da citada gleba, além da anotação da existência da Área de Proteção

Ambiental e do seu zoneamento; c) não houve concretização de comercialização, em razão da inexistência de averbação de qualquer contrato no registro de imóveis; d) somente existem instrumentos particulares de promessa de compra e venda, o que não constitui negócio jurídico de transferência da propriedade do imóvel; e) a inocorrência de danos ambientais.

Na fase probatória, ficou comprovado que: a) a venda de terrenos do empreendimento continuava sendo anunciada através de prospectos e de uma rádio comunitária da cidade de Duque de Caxias, Rio de Janeiro; b) o projeto do loteamento ainda não havia sido aprovado pelo Município e que o processo administrativo ainda estava tramitando, encontrando-se a gleba registrada no Cartório do Ofício Único de Iguaba Grande em nome do réu.

O laudo pericial judicial elaborado apresentou as seguintes conclusões: I) Os terrenos vendidos encontravam-se todos inseridos em área de proteção ambiental, notadamente em zona de conservação ambiental da vida silvestre, que, em conformidade com o preconizado no plano diretor da respectiva APA, impedia qualquer tipo de ocupação; II) Os terrenos descritos nas promessas de compra e venda possuíam metragem menor do que a prevista no projeto que sequer foi aprovado; III) Não existia nenhuma construção por parte dos adquirentes, nem infraestrutura concluída, tendo somente um início de arruamento realizado pelo empreendedor; IV) O início do arruamento causou dano ambiental, posto que suprimiu vegetação nativa da faixa marginal de proteção da Lagoa de Araruama e da zona de conservação da vida silvestre; V) O empreendedor não apresentou licença ambiental; VI) O memorial descritivo do loteamento não está registrado no cartório competente.

Após manifestação das partes, os autos são remetidos ao Ministério Público para manifestação final. Como Promotor de Justiça, elabore a peça adequada, enfrentando todas as questões suscitadas pelas partes.

Autor: Rafael Schinner

Sugestão de resposta

EXCELENTÍSSIMO (A) DR. (A) JUIZ (ÍZA) DE DIREITO DA ___ VARA CÍVEL DE IGUABA GRANDE

Autos n.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, presentado pelo Promotor de Justiça subscritor, vem, na demanda promovida pela **Associação** de **Adquirentes de Imóveis** e Mutuários da Região dos Lagos (AAIMR) em face de Viver Bem, e com fundamento no art. 127, caput, e 129, III, da CRFB/88 e no art. 5º, §1º, da LACP, apresentar a seguinte promoção ministerial.

1. Sinopse dos autos.

(...)

2. Questões Processuais

Não há irregularidades processuais ou carência da ação na demanda em apreço.

Com efeito, trata-se de juízo competente, ainda que haja notícia de que o réu prossiga fazendo publicidade em território de outra Comarca. A ação civil pública em comento veicula diversos pedidos, todos guardando correlação com as mesmas causas de pedir. Aplica-se, dessa sorte, a regra de competência prevista no art. 2º da LACP: é competente, de forma absoluta, o foro do local em que ocorrer o dano. Por natural, o alegado dano ambiental ocorreu na Comarca de Iguaba Grande. Este fato é capaz de atrair a competência deste d. Juízo para apreciar os demais pedidos aqui veiculados, *ex vi* do parágrafo único do dispositivo citado.

Ambas as partes são legitimadas para a demanda e se encontram devidamente representadas.

É de se notar, neste ponto, que a AAIMR é uma Associação de Adquirentes de Imóveis e, por isso, inclui, dentre suas finalidades institucionais, a de proteger o consumidor, satisfazendo, com isso, o requisito previsto no art. 5º, V, *"b"*, da LACP. Deve-se atentar para o fato de que a dimensão do dano aqui aventado, que possui natureza ambiental, e a relevância do bem jurídico pleiteado, que guarda relação com o direito de moradia, autorizam a dispensa do requisito de pré-constituição ânua, conforme autoriza o §4º do art. 5º da LACP.

Dessa forma, possui a autora legitimidade extraordinária para ajuizar a presente ACP.

A sociedade Viver Bem é a parte legitimada passivamente a responder ao processo. A AAIMR expressamente alega, em sua inicial, que a parte ré praticou os atos e danos que reputa ilícitos. A discussão de se a parte ré efetivamente praticou esses atos e perpetrou tais danos é relativa ao mérito.

O interesse de agir é evidente e o pedido é juridicamente possível.

Em suma, constata-se que a relação processual foi validamente estabelecida perante juízo competente e com partes legitimadas e bem representadas.

Passa-se, portanto, à análise do mérito.

3. Mérito da Demanda

No mérito, os pedidos autorais devem, em sua grande maioria, ser julgados procedentes.

As exceções contra o mérito evocadas pela Viver Bem não merecem guarida.

Alega a ré, em sua defesa, que a gleba está devidamente registrada no Ofício de Registro de Imóveis. No entanto, tal não lhe autoriza que comercialize terrenos inseridos na área da gleba sem que sejam considerados validamente como lotes.

Nesse contexto, "Gleba" pode ser definida como a porção de terra ainda não submetida a parcelamento sob a forma de Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979. A gleba, para que seja objeto de parcelamento, deve, necessariamente, possuir matrícula no Ofício de Registro de Imóveis, *ex vi* dos artigos 9º e 10 da Lei 6.766/1979. Nada disso, entretanto, afasta a ilegalidade das práticas perpetradas pela ré. Por certo, antes de realizado o parcelamento, e sabendo-se que o projeto de loteamento sequer foi, ainda, aprovado, a venda, a promessa de terrenos na gleba ou mesmo publicidade neste sentido são práticas ilícitas, inclusive penalmente ilícitas (art. 50, incisos II e III, aplicando-se, destaque-se, a forma qualificada prevista no inciso I do parágrafo único do citado dispositivo).

É de se notar, entretanto, que a Lei 9.785/1999, ao incluir o §4º do art. 2º da Lei 6.766/1979, alterou o conceito de lote, passando a admitir sua existência desde que o terreno seja servido de infraestrutura básica e com dimensões que atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona. Embora não tenha sido comprovado que a metragem dos terrenos alienados seja menor do que autoriza a legislação, comprovado foi que a gleba em apreço não era dotada dos equipamentos urbanos de que trata o §5º do art. 2º da Lei 6.766/1979, não possuindo, desta feita, infraestrutura básica.

Também não merece guarida a alegação de inexistir qualquer gravame na matrícula da gleba, além da anotação da existência da APA e do seu zoneamento.

Conforme ficou demonstrado na fase instrutória da demanda, os terrenos comercializados estão inseridos em área de proteção ambiental e em zona de conservação da vida silvestre, que, em conformidade com o preconizado no plano diretor, impede qualquer tipo de ocupação.

O proprietário privado destes lotes, todavia, sofrerá severas restrições, inclusive no que toca à intimidade e privacidade (art. 15, §5º, da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000). Entretanto, conforme demonstrado na presente demanda, o Plano Diretor de planejamento urbanístico municipal impede, naquela APA, qualquer tipo de ocupação. A limitação é autorizada pela lei que disciplina a criação de Estações Ecológicas e APAs (vide art. 9º da Lei 6.902, de 27 de abril de 1981). A seu turno, a Lei do Parcelamento do Solo Urbano expressamente autoriza que o Plano Diretor limite ou impeça o parcelamento do solo nas áreas que assim impuser (art. 3º, caput, da Lei 6.766/1979).

Ora, o Plano Diretor é veiculado por uma lei (municipal) em sentido estrito (art. 39 da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001). Como lei que é, é pública. Aliás, a lei é o ato público por excelência (não existe lei sigilosa) e, ainda, *ignorantia legis neminem excusat* (art. 3º da LINDB). Restrições a loteamentos estabelecidas no Plano Diretor não precisam ser anotadas na matrícula da gleba para que surtam efeitos contra seu proprietário. Entender o contrário atentaria contra o princípio da inalegabilidade da ignorância. A lei supre, portanto, a publicidade, que é o objetivo maior da anotação de qualquer informação na matrícula dos imóveis. Aliás, tais restrições sequer constam do rol de atos ou fatos objeto de inscrição ou averbação na matrícula (art. 168, I e III, da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

Também não procedem os argumentos por que não houve concretização de comercialização, em razão da inexistência de averbação de qualquer contrato no registro de imóveis.

Para que haja contrato de compra e venda, ou contrato preliminar de promessa de compra e venda, basta que seja celebrado o ajuste de vontades, ainda que sob a forma particular. Tal ato não se confunde com o ato de transcrição. Decerto, nosso mecanismo de aquisição de propriedade imóvel pela via contratual filia-se ao sistema alemão, embora com temperamentos. A aquisição da propriedade só ocorrerá, decerto, com a transcrição da escritura pública (ou de instrumento particular, no caso do art. 108, fine, do CC/2002) no Ofício de Registro de Imóveis (art. 168, II, h da Lei 6.015/1973 e art. 1.245, cabeça, do CC/02). No entanto, isso não afasta o ilícito na comercialização dos lotes. O que interessa, para saber se houve ilícito, é verificar se ocorreu alguma forma de negociação (preliminar ou definitiva) ou se foi veiculada proposta ou publicidade dos lotes em questão. Até porque, ao menos sob o enfoque jurídico, o ato de verificar se uma sociedade imobiliária exerce "comercialização" implica em analisar se há exercício de atividade empresarial nos moldes previstos no art. 966 do CC/2002. Essa discussão, todavia, é irrelevante.

Não merece, mais uma vez, guarida o argumento por que somente instrumentos particulares de promessa de compra e venda foram firmados, o que não constitui negócio jurídico de transferência da propriedade do imóvel.

Em verdade, conforme aduzido supra, não existe um negócio jurídico de transferência de imóvel, pois o que transfere o imóvel é o registro do título (art. 1.245 do CC/02), já que nosso sistema não se filiou ao modelo francês. Os negócios jurídicos têm, isso sim, aptidão para transferir a titularidade. E o compromisso de compra e venda também a tem. Tanto isso é verdade que se admite o manejo de ação de adjudicação compulsória para esta finalidade, valendo-se, como causa de pedir, de compromisso de compra e venda, ainda que não registrado. Não à toa o e. STF expediu a Súmula 413, prevendo que o compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à "execução" (sic) compulsórla, se reunidos os requisitos legais. De sua banda, o enunciado da Súmula 239 do STJ prevê que o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório (sic) de imóveis. Ademais, e conforme o disposto na Súmula 84 do STJ, admitem-se embargos de

terceiro fundados em alegação de posse advinda de contratos desprovidos de registro. O registro apenas seria imprescindível para o manejo da ação de adjudicação compulsória em face de terceiros (artigos 1.417 e 1.418 do CC/02).

Por último, alega a parte ré que não ocorreram danos ambientais. No entanto, as provas colhidas demonstram que houve dano ambiental, pois, conforme o laudo pericial, o início do arruamentosuprimiu vegetação nativa da faixa marginal de proteção da Lagoa de Araruama e da zona de conservação da vida silvestre.

Vê-se, dessa sorte, que nenhuma das teses defensivas merece acolhimento.

Passa-se, agora, à análise dos pedidos autorais.

Com efeito, conforme ficou demonstrado nos autos, nenhuma obra de infraestrutura foi realizada no local. Não há, na dita gleba, acessões intelectuais, pois não foi soerguida qualquer construção, conforme restou consignado no laudo pericial. Dessa sorte, esse pedido deve ser julgado improcedente.

Entretanto, cuida-se de sucumbência mínima, pois todos os demais pedidos devem ser julgados procedentes.

O autor pleiteia a paralisação imediata de qualquer construção, bem como a cessação das obras de infraestrutura. Foi verificado, no decorrer do processo, que a gleba em questão se situa em Área de Proteção Ambiental que, conforme preconizado em seu plano diretor, impediria qualquer tipo de ocupação. Foi verificado, ademais, que a parte ré, embora não tenha dado início a obras para implantação de rede de infraestrutura, iniciou o arruamento do local. Dessa forma, há indícios de que a parte ré vem se preparando para iniciar construções na gleba. Por isso, deve esse pedido ser também julgado procedente.

Nada impede que a parte ré, titular do bem, se lhe aprouver, se socorra ao Poder Judiciário, pela via própria, para obter indenização por eventual prática de desapropriação indireta.

Também deve ser deferido o pedido de ressarcimentomaterial dos danos individuais e coletivos eventualmente causados. Conforme consta dos autos, diversas pessoas entabularam negócios jurídicos para a aquisição de terrenos em local impossível de se lotear. Não é, dessa sorte, possível negociar tais imóveis, de forma que este negócio jurídico é nulo (art. 104, II, do CC/02) e os prejuízos sofridos, individual ou coletivamente, devem ser ressarcidos, até por conta da aplicação da *restitutio in integrum* prevista no art. 927, caput, do Código Civil.

O pedido foi feito de forma genérica, o que é autorizado, neste caso, pelo art. 286, II, do CPC. Por isso, a comprovação do dano deverá ocorrer em fase posterior à sentença, instaurando-se o incidente de liquidação (art. 475-A do CPC).

Também deve ser julgado procedente o pedido de fixação de valor compensatório pela ocorrência de dano moral coletivo.

A existência de dano moral coletivo passou a ser expressamente admitida pelo direito positivo com a entrada em vigor do CDC. Com efeito, preceitua seu art. 6º, VI, que

é direito básico do consumidor a efetiva reparação de danos morais, sejam eles individuais, coletivos ou difusos.

No caso em comento, o dano ambiental, degradando Área de Proteção Ambiental e Zona de Vida Silvestre, acarreta, insofismavelmente, prejuízos ao moral de toda uma coletividade difusamente considerada. Ademais, a veiculação de publicidade enganosa também é fator que deprecia a honra de um grupo indeterminável de indivíduos.

A fixação do valor compensatório de dano moral coletivo deverá levar em consideração esses fatores. Por isso, sugere-se que seja fixado em elevada monta, capaz de desestimular a parte ré a reiterar nesse ilícito e de restaurar a dignidade das comunidades afetadas.

Deve-se consignar que o caso em comento permite concluir pela existência de dano moral *in re ipsa*, definível como aquele que exsurge da força dos próprios fatos, porque a conduta ilícita da ré ofende a personalidade de um grupo indeterminável de pessoas.

A seu turno, a jurisprudência vem admitindo a existência de dano moral coletivo e do dano moral coletivo *in re ipsa.*

Da mesma forma deve ser julgado procedente o pedido de paralisação da comercialização dos terrenos e de paralisação da publicidade. Conforme ficou comprovado no decorrer da instrução, a parte ré prossegue fazendo publicidade da venda de terrenos na gleba em questão. O negócio que pretende avençar é irregular por diversas razões (restrições ambientais, metragem que não corresponde ao que anuncia, projeto do loteamento ainda não aprovado pelo Município, falta de licença ambiental etc.), sendo certo que, por motivo de absoluta impossibilidade de parcelamento da gleba, não é possível que a parte ré comercialize os terrenos de nenhuma forma. A atividade deve ser, portanto, encerrada, fixando-se, na sentença, as *astreintes* pertinentes para o caso de insistência na comercialização e na publicidade. Nesta caso, impende ser fixada multa por cada negócio jurídico entabulado (seja de compra e venda, seja de promessa de compra e venda) ou por dia de publicidade efetuada.

Para que a sentença tenha efetividade, opina-se no sentido de que a multa por cada negócio realizado corresponda ao dobro do valor da avença. Quanto à publicidade, opina-se que seja fixada multa por cada dia em que seja o empreendimento anunciado e por cada prospecto ou panfleto publicitário encontrado.

O julgamento de procedência deve se estender, ademais, ao pedido de recuperação da área degradada. Restou inequívoca a existência de dano ambiental, sendo certo que a aludida área sofreu perturbações à sua integridade física, química e biológica, razão por que é imperiosa a reversão de sua atual condição. O desiderato é recuperar sua capacidade produtiva no que tange à produção de alimentos, matérias-primas e serviços ambientais, resgatando, então o equilíbrio dinâmico da área devastada.

O art. 225, §2º, CRFB/88 prevê, expressamente, a obrigação de recuperar o meio-ambiente degradado por aquele que lhe impingiu os danos, que, no caso, é o próprio

réu. Nesse sentido, há verdadeiro direito subjetivo difuso ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, de natureza fundamental.

A recuperação ambiental é, inclusive, um dos princípios insertos na Política Nacional do Meio-Ambiente (art. 2°, VIII, Lei 6.938/1981).

A Lei 6.938/1981, em seu art. 4°, VII, dispõe que o poluidor é obrigado a recuperar os prejuízos efetivados, consolidando, assim, o princípio do poluidor-pagador.

A propósito, a recuperação mencionada deve ser efetuada de modo integral, sujeitando-se o réu às sanções administrativas elencadas no art. 14, §1°, Lei 6.938/81, se não regressar a área ao seu *status quo ante*, conforme os danos ambientais verificados na fase de liquidação de sentença.

4. Conclusão.

Em conclusão, opina o Ministério Público pela procedência de todos os pedidos autorais, à exceção do pedido demolitório.

Em razão da sucumbência minima, deverá a parte ré arcar, sozinha, com os ônus sucumbenciais.

Manifesta-se o *parquet*, ademais, pela fixação, desde logo, de *astreintes* para o caso de descumprimento das obrigações impostas, na forma descrita no corpo da promoção.

Cidade, data.

Promotor de Justiça

Matrícula

Comentários

Quando o Ministério Público atua como custos legis, suas manifestações assumem, em regra, a forma jurídica de "Promoção" ou "Promoção Ministerial". Assumirão forma diversa quando estiver interpondo recursos. O termo"Parecer" não é errado, porém o Ministério Público não é parecerista, pois titulariza ampla capacidade postulatória, ainda que atue como fiscal da lei.

Importante consignar que, à época da prova, vigorava a Resolução CONAMA 10, de 14 de dezembro de 1988. De acordo com o art. 4º desta Resolução, toda APA deveria possuir uma zona da vida silvestre. Além disso, era, em tese, viável a implantação de projetos de urbanização em área situada em uma APA, admitindo-se, ainda, a comercialização de seus lotes (art. 8º, f, da Res. CONAMA 10/1988). O licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental em Unidades de Conservação, de uma forma em geral, é, hoje, regulamentado pela Resolução CONAMA 428, de 17 de dezembro de 2010.

A especialização das bancas nos concursos de ingresso na carreira do Ministério Público é uma tendência. Já houve alteração legislativa prevendo a inclusão de Tutela Coletiva como disciplina autônoma (Lei Complementar estadual 159/2014). Antes da

inclusão, as provas de Direito Civil e Processo Civil eram acentuadamente interdisciplinares. Em todo caso, prudente que o candidato leve todos os seus códigos para todas as provas e tenha consigo legislação específica sobre os mais diferentes assuntos.

Havendo, em uma banca, peças e questões teóricas, procure iniciar a prova pelas peças. Caso o candidato não finalize uma questão teórica, deixar de expor, de fato, um ou outro tópico sobre o qual anelava dissertar e perderá, com isso, alguns pontos. Entretanto, a parte conclusiva da peça é de vital importância. Se o candidato não a finalizar, perderá enorme pontuação, pois deixará de expor suas habilidades na formulação dos pedidos.

Por fim, ao redigir sua peça, o tempo poderá ser escasso. Sempre é, em verdade. Tempo é o bem mais caro para o candidato. Por isso, preocupe-se com o conteúdo. O examinador precisa saber que o candidato sabe resolver um problema jurídico. A escrita, por isso, deve ser operacional e econômica. Abandone parnasianismos. Procure fazer frases curtas e dividir as ideias em parágrafos.

DIREITO CONSTITUCIONAL

3.1. PROVAS PRELIMINARES

(XXXIII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2014) *Questão 14 – Direito Constitucional- A Câmara de Vereadores do Município de Nova Friburgo aprovou lei ordinária, cujo projeto foi de iniciativa de vereador, que instituiu a gratuidade no transporte coletivo para acompanhantes de idosos, sem indicar a fonte de custeio para o referido benefício. O mencionado diploma legal restou sancionado pelo Chefe do poder Executivo local.As concessionárias municipais do transporte público, que já prestavam o serviço, em razão de regular contrato administrativo firmado anteriormente à edição da citada lei, por entenderem que a mesma padecia de vícios de inconstitucionalidade, não estavam permitindo o ingresso gratuito dos acompanhantes de idosos. Simultaneamente, por meio de sindicato estadual, instituído há seis anos, ingressaram com representação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, objetivando fosse reconhecida a regularidade da conduta que vedava a entrada dos acompanhantes sem o pagamento da tarifa. Sob a ótica constitucional, existem vícios na referida lei municipal? A medida judicial adotada encontra-se juridicamente correta? Resposta objetivamente fundamentada.*

Autora: Vania Cirne

Sugestão de resposta

A lei municipal em questão padece de vícios de inconstitucionalidade, seja formal, por afronta ao artigo 61, § 1°, inciso II, alínea "b", da CRFB (norma de observância simétrica e reprodução obrigatória nos Estados), e material, por contrariedade ao artigo 112,§ 2°, da CERJ.A representação de inconstitucionalidade encontra amparo no artigo 162 da CERJ. Todavia, o sindicato carece de legitimidade ativa, ante expressa disposição do referido dispositivo, que confere legitimidade às federações sindicais, que, consoante artigo 534 da CLT, são formadas por, no mínimo, cinco sindicatos.De outro giro, em que pesem os preditos vícios, a norma goza de eficácia e deve ser observada, até que sobrevenha a declaração inconstitucionalidade, não podendo o particular furtar-se ao cumprimento, ao abrigo de sua invalidade.

Comentários

1 - Observe-se que a questão aborda temas como: a) a inconstitucionalidade material (vício de conteúdo) e formal (por vício de iniciativa); b) a possibilidade ou não de a sanção do Chefe do Poder Executivo corrigir a mácula da inconstitucionalidade pelo vício de iniciativa; c) o cabimento da representação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; d) a legitimidade para a aludida RI; e) da vigência, validade e eficácia da lei.

Passemos a tratar de cada um dos temas, a fim de aclarar a resposta acima.

a.1) Da inconstitucionalidade material (vício de conteúdo ou substancial)

A lei ou ato normativo que vier a contrariar preceito ou princípio constitucional (que se encontra no ápice de nosso ordenamento jurídico) será inquinada de inconstitucionalidade material.

Consoante Luiz Roberto Barroso," a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou o ato normativo e a Constituição".

Vale informar que a doutrina também confere a pecha de inconstitucionalidade material à norma infraconstitucional que: excede do poder legislativo, tendo por objeto finalidade diversa daquela contida na Constituição (nesse sentido, conferir Caio Tácito, in "Desvio do Poder Legislativo", in Revista Trimestral de Direito Público, nº 01, 1993, p. 62; Guilherme Peña de Moraes, in "Curso de Direito Constitucional", Ed. Atlas, 4ª Edição, 2012, p. 142); viola o princípio da proporcionalidade, havendo na norma correspondência à finalidade da Constituição, contudo de forma desproporcional (vide Gilmar Ferreira Mendes, in "A Proporcionalidade na Jurisdição do Supremo Tribunal Federal, in Revista IOB, nº 23, 1994, p. 469, e ob. Cit., p. 143).

A inconstitucionalidade material também é denominada pela doutrina como "nomoestática" (v. L.A.D. Araújo e V.S. Nunes Júnior, in "Curso de Direito Constitucional, p. 24, e Pedro Lenza, in "Direito Constitucional Esquematizado", Ed. Saraiva, 16ª Ed., 254).

In casu, a discussão gira em torno de possível vício de inconstitucionalidade material da lei que institui a gratuidade no transporte coletivo (para acompanhantes de idosos ou outras pessoas), sem indicar a fonte de custeio para o referido benefício, face à vedação inserta no artigo 112, §2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro ("Não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a corresponde fonte de custeio").

A respeito do predito dispositivo, cumpre consignar que foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade, no STF, sob o nº 3225, ao argumento de que tal norma configuraria afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio federativo e a separação de poderes. A predita ADI foi julgada improcedente, em 17/09/2007, consoante aresto abaixo colacionado:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 112, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Serviço público. Prestação indireta. Contratos de concessão e permissão. Proposta legislativa de outorga de gratuidade, sem indicação da correspondente

fonte de custeio. Vedação de deliberação. Admissibilidade. Inexistência de ofensa a qualquer cláusula constitucional. Autolimitação legítima do Poder Legislativo estadual. Norma dirigida ao regime de execução dos contratos em curso. Ação julgada improcedente. Voto vencido. É constitucional o disposto no art. 112, § 2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse viés, julgada improcedente a ADI, o artigo 112,§ 2º, CERJ foi declarado constitucional, merecendo a devida observância pelas normas que lhes são subalternas, como a lei municipal em comento. Destarte, a norma padece do vício de inconstitucionalidade, por afrontar o referido dispositivo constitucional estadual.

Vale ressaltar que o STF, pela primeira turma, em sede de controle difuso de constitucionalidade , afastou a exigência de fonte de custeio, quando se tratar de transporte capaz de viabilizar a concretização da dignidade da pessoa humana e de seu bem-estar, evocando com precedente decisão proferida pelo Tribunal Pleno (ADI 3768/DF, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, em julgamento de 19/09/2007, conforme DJ de 20-10-2007).

Em que pese o entendimento supra, a norma inserta no artigo 112, § 2º, CERJ, foi considerada constitucional e, como explanado acima, merece observância.

a.2) Da inconstitucionalidade formal subjetiva. Do vício de iniciativa.

Consoante artigo 61, § 1º, inciso II, alínea "b", da CRFB (norma de observância simétrica e reprodução obrigatória nos Estados), são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo as leis que disponham sobre serviços públicos.

A lei municipal em tela dispôs acerca de serviços públicos, ao garantir uma espécie de gratuidade. Como o processo legislativo foi deflagrado por vereador, e não pelo chefe do Poder Executivo (no caso, prefeito), restou patente a inconstitucionalidade formal subjetiva, vale dizer, por vício de iniciativa.

Insta observar que a inconstitucionalidade formal é denominada nomodinânima.

Pode a sanção a projeto de lei sanar a inconstitucionalidade formal subjetiva?

Conforme entendimento do Pretório Excelso (v. ADI 1070, Relator Ministro Celso de Melo, DJU 15.09.95), a sanção do chefe do Poder Executivo não possui o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal, eis que a vontade daquele não tem aptidão jurídica para convalidar defeito oriundo do descumprimento da Constituição da República.

Desta feita, a lei municipal em comento é inconstitucional, em que pese a sanção pelo chefe do Poder Executivo, que teve sua iniciativa usurpada.

c) Do cabimento da representação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição do Estado do Rio de Janeiro encontra guarida no artigo 162 da referida.

d) Da legitimidade

Extrai-se do artigo 162 da CERJ que a legitimidade para a representação de inconstitucionalidade é conferida a federações sindicais, e não a sindicatos.

Ora, federação sindical, prevista no artigo 534 da CLT, é composta por, no mínimo, cinco sindicatos de atividades idênticas, similares ou conexas, representantes da maioria absoluta dos sindicatos do correspondente grupo, no âmbito estadual.

Nesse sentido, carece da legitimidade ativa o sindicato, isoladamente, para a propositura da RI em comento.

e) Da vigência, validade e eficácia da lei. Planos distintos.

Vigência consiste na existência jurídica da norma, estando atrelada ao seu tempo de duração, diferentemente com vigor, que se encontra relacionado à sua força vinculante.

Não se confunde vigência com validade da norma, concernente à qualidade da norma produzida em consonância com o ordenamento jurídico.

Plano diverso é da eficácia da norma, que consiste em sua aptidão para a produção de efeitos. Vale mencionar a existência da eficácia imediata, diferida, suspensa, retroeficácia e ultraeficácia.

Destarte, a norma pode ser inválida, por contrariedade à norma constitucional (de superior hierarquia, onde é buscado seu fundamento de validade), mas gozar de eficácia, ou seja, produzir efeitos, até que seja declarada sua inconstitucionalidade.

No tocante à natureza do ato inconstitucional e da decisão de inconstitucionalidade, paira divergência doutrinária. Segundo uma corrente de pensamento, o ato inconstitucional é nulo, inválido, sem aptidão para produzir efeitos jurídicos. A natureza da decisão de inconstitucionalidade seria, portanto, declaratória, por apenas declarar a nulidade do ato. Tal entendimento é esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade permite a existência de atos nulos com a produção de efeitos válidos.

Conforme outra corrente (austríaca, capitaneada por Hans Kelsen), o ato inconstitucional seria anulável, de sorte que produz efeitos até o momento de sua anulação. A decisão declaratória, destarte, possui natureza constitutiva negativa.

No caso em questão, muito embora a norma sofra de vício de inconstitucionalidade, há de ser observada pelos destinatários, por se encontrar em vigor. Caso sobrevenha a declaração de inconstitucionalidade, a decisão pode, inclusive, ter seus efeitos modulados, tendo eficácia ex nunc, ou seja, não retroativos.

(XXXIII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2014) *Questão 15 – Direito Constitucional – É cabível projeto de emenda à Constituição da República Federativa do Brasil por iniciativa popular, com o fim de instituir o direito à renda mínima aos hipossuficientes? E no que concerne à Constituição do Estado do Rio de Janeiro, é possível tal iniciativa?*

Autora: Bárbara Nascimento

Sugestão de resposta

A CRFB não traz expressamente a possibilidade de Emenda Constitucional de iniciativa popular (o art. 61, caput e §2°, traz tal possibilidade apenas para projetos de lei), porém também não veda. Assim, alguns autores defendemtal possibilidade com fundamento na teoria do poder constituinte, que é permanentee emana do povo. No mérito, o Projeto de Emenda seria cabível, pois a fixação do direito à renda mínima aos hipossuficientes não viola cláusulas pétreas. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro permite EC de iniciativa popular no art. 111, IV. Mas ainda que não houvesse tal previsão expressa, normas sobre processo legislativo aplicam-se por simetria, então seria possível aplicar à CERJ o mesmo raciocínio doutrinário aplicado à CRFB.

Comentário 1

A prova preliminar do XXXIII concurso foi realizada em 2/2/2014 e a Emenda Constitucional 56/2013, que alterou a CERJ incluindo a possibilidade de iniciativa popular para propostas de Emenda à Constituição, é de 18/12/2013. Isso mostra que é importante que o candidato se mantenha atento com relação a alterações normativas recentes também no plano estadual. Contudo, o conhecimento dessa alteração não foi determinante para se obter uma boa nota. Candidatos que fizeram a correta exposição da questão teórica, inclusive mencionando o princípio da simetria, mas afirmaram expressamente que o art. 111 da CERJ não trazia a previsão de EC de iniciativa popular, receberam pontuação superior àqueles que se limitaram a trazer a inovação.

Comentário 2

Deve ser registrado, contudo, que o ponto é divergente na doutrina.

Comentário 3

O examinador titular da banca de direito constitucional, Emerson Garcia, traduziu o livro "Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão", obra clássica de Abade Sieyès, possivelmente o autor mais influente na elaboração da teoria do poder constituinte. Recomenda-se a leitura do texto.

(XXXII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2011)Questão 14 – Direito Constitucional – No ordenamento jurídico pátrio é reconhecido o exercício, pelas minorias parlamentares, do direito de investigar? Caso possível, é cabível o controle jurisdicional de ato de caráter político que vise obstaculizar esse direito?

Autor: Michel Zoucas

Sugestão de resposta

As CPIs (art. 58, §3º da CRFB/88, Lei nº 1.579/52 e art. 109, §3º, Constituição do RJ - CERJ), são instrumentos parlamentares para investigação de fato certo e determinado, cuja criação deve observar requisitos previstos no citado dispositivo: (i) requerimento subscrito por, no mínimo, 1/3 dos parlamentares da Casa Legislativa; (ii) investigar fato determinado e (iii) prazo certo para desenvolvimento dos trabalhos. Em razão do quantitativo de subscritores do requerimento, entende-se que as CPIs consubstanciam direito público subjetivo das minorias, pois, preenchidos os requisitos constitucionais, não pode a Casa Legislativa indeferir o requerimento de instalação ou estipular outros requisitos. Caso isso ocorra, é possível a impetração de mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "d", CFRB/88) ou Tribunal de Justiça (art. 161, IV, "e", 3, CERJ), no âmbito estadual, visando a salvaguarda de seu direito subjetivo público. Neste caso, será feito o controle jurisdicional da legalidade constitucional do ato de caráter político, tendo como parâmetro o supracitado artigo constitucional uma vez que, observados os requisitos mencionados, eventual juízo de oportunidade e conveniência pela maioria parlamentar afrontaria à Constituição.

Comentários

Precedentes: (i) STF - MS 26441, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009; (ii) STF - MS 24831, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2005, DJ 04-08-2006; (iii) STJ - RMS 23.618/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 11/12/2008 e (iv) TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0209.14.004384-2/001, Relator(a): Des.(a) Duarte de Paula, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/09/2014, publicação da súmula em 02/10/2014.

(XXXII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2011)Questão 15 - Direito Constitucional - Segundo o entendimento majoritário no Supremo Tribunal Federal, é constitucional Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, que amplie o rol de autoridades previsto no inciso VIII do Artigo 29 da lei nº 8625/93?

Autora: Michelle Ribeiro

Sugestão de resposta

Sim. Conforme entendimento do Pleno do STF, é possível a ampliação, pela lei orgânica estadual, da atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça prevista no artigo 29, VIII da Lei nº 8625/93. O fundamento de tal decisão é que a Lei Orgânica do Ministério Público Estadual não usurpa competência legislativa da União ao definir as atribuições do Procurador-Geral, pois não se trata de matéria processual. A questão é atinente às atribuições do Ministério Público local, o que, na forma do artigo 128, § 5º,

da CRFB/88, é da competência dos Estados-membros. O legitimado ativo, que é matéria processual, continua sendo o Ministério Público, sendo que a LOMP apenas definiu o órgão de execução com atribuição para a promoção do inquérito civil e ajuizamento da ação civil pública, sendo que as atribuições dos órgãos de execução devem, conforme artigo 128, §5º da CRFB 88, ser definidas pela Lei Complementar de cada Estado.

Comentário 1

Esta questão pedia uma resposta bem objetiva, diretamente vinculada ao conhecimento do entendimento do STF sobre o tema, cabendo ao candidato, se possível, esboçar conhecimento sobre a diferença entre atribuição e legitimidade, bem como sobre a competência legislativa para tratar de cada instituto.

Comentário 2

Sobre a diferença entre atribuição e legitimidade, podemos de forma resumida dizer que atribuição, para Carlos Roberto Jatahy em sua obra sobre Princípios Institucionais do Ministério Público, é a limitação criada por lei ou por ato do Procurador-Geral de Justiça, dentre as funções institucionais do Ministério Público, para que seus agentes exerçam corretamente seu múnus. Já legitimidade é condição da ação, que seria em conceitos gerais a pertinência subjetiva relativa à relação jurídica de direito material descrita na demanda.

Comentário 3

Sobre a competência legislativa para editar a lei orgânica do Ministério Público Estadual, temos o artigo 61, §1º, II, "d" da CRFB 88 que diz ser do Presidente da República a iniciativa privativa para a lei que dita as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, sendo essa lei a Lei n 8625/93. Para a Lei Orgânica Estadual há, pelo princípio da simetria, iniciativa concorrente entre o Procurador-Geral de Justiça e o Governador do Estado, o que se infere da leitura sistemática dos artigos 128, §5º e artigo 25 da CRFB 88 c/c art. 112, §1º, inciso II, "c" c/c art. 172, ambos da Constituição Estadual.

Comentário 4

O julgado do STF mencionado na questão foi proferido na ADI nº 1916/MS Rel. Min. Eros Grau.

(XXXI Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2009) *Questão 14 – Direito Constitucional – Direito Constitucional: (Valor – 5 pontos) Um estado da federação, tradicional produtor e exportador agrícola, editou uma lei proibindo o plantio de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs), em seu território, visando proteger o meio*

ambiente e defender a saúde da sua população. Tal lei estadual é constitucional? RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.

Autora: Vanessa Gonzalez

Sugestão de resposta

Lei Estadual nos termos acima mencionados seria inconstitucional porque extrapolaria os limites da competência legislativa concorrente, prevista na Constituição Federal, para tratar de questões ambientais (art. 24, inciso VI da CF) e de proteção à saúde da população (art. 24, inciso XII da CF). Isso porque há norma geral, editada pela União, permitindo o plantio de OGM sob determinadas condições, sem deixar margem para a imposição de restrições nos termos mencionados no enunciado.De acordo com o Supremo Tribunal Federal, "não se afigura admissível, no uso da competência residual", que o Estado-Membro formule uma disciplina que acabe por afastar a aplicação das normas federais pertinentes ao assunto, de caráter geral.

Comentários

O entendimento aqui defendido foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI 3035 e da ADI 3054, ajuizadas contra a Lei Estadual Paranaense nº 14.162/2003 . Por ocasião deste julgamento (ano de 2005) o parecer da Procuradoria Geral da República foi no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade da referida Lei Estadual.

Note-se que a referida Lei estabeleceria normas restritivas ao cultivo de OGM, trazendo uma vedação total de sua utilização, apesar da existência de legislação federal (Lei 8.974/1995 e Medida Provisória 2.191/2001, em vigor à época do julgamento das mencionadas ADIs; atualmente, a Lei Federal que trata do plantio de OGM é a Lei 11.105/2005, a chama Lei de Biossegurança) que fixa normas gerais para tais temas, permitindo o plantio de OGM com algumas restrições.

Sem embargo do entendimento acima exposto, há autores (especialmente da área do direito ambiental) que defendem que em tema de competência legislativa concorrente, poderia a norma ambiental estadual estabelecer regramento mais rígido no âmbito do seu Estado do que aquele previsto na Lei Federal.

Para esses autores, a solução dos conflitos de normas ambientais editadas pela União e pelos Estados no exercício da competência legislativa concorrente não se restringe à aplicação do art. 24 da Constituição Federal, em razão do princípio in dubio pro natura, do modelo de federativo e do Estado Democrático de Direito.

(XXXI Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2009) *Questão 15 – Direito Constitucional – Determinada Constituição Estadual, em seu texto original, estabelece que Prefeitos Municipais não possam ausentar-se do Município, por período superior a*

10 dias, sem prévia autorização da Câmara Municipal. A despeito disso, Lei Orgânica Municipal posterior estabelece outro prazo, 15 dias, mantendo a mesma limitação territorial. Então, agente público legitimado ingressou com representação por inconstitucionalidade da norma municipal perante o Tribunal de Justiça. Autos encaminhados ao Ministério Público, o Procurador-Geral de Justiça manifestou-se contrariamente ao pleito, em razão da inconstitucionalidade da norma estadual. Pergunta-se: 1. É correto o entendimento do Procurador-Geral quanto à incompatibilidade da Constituição Estadual com a Carta Federal? 2. Como é possível, sob o ponto de vista processual--constitucional, a improcedência da citada representação? RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.

Autor: Matheus Rezende

Sugestão de resposta

O entendimento do Procurador-Geral de Justiça está correto, uma vez que o STF decidiu, inúmeras vezes, inclusive por meio de ADI, que a norma dos art. 83 e art. 49, III, ambos da CR/88 é de observância obrigatória. Os Poderes Constituintes Derivados Decorrentes dos Estados-Membros e Municípios, para parte da doutrina que entende que os Municípios possuem Poder Constituinte Derivado Decorrente, devem guardar similitude com o modelo federal. Logo, a ausência apta a justificar a autorização do Prefeito deve ser de 15 (quinze) dias e ela não pode se restringir à circunscrição do Município, devendo ser sua ausência considerada também do território nacional. Sob o ponto de vista jurídico processual, a improcedência da representação justifica-se no fato de o TJ poder analisar, incider tantum, a constitucionalidade de norma da CE em face da CR/88, pois o parâmetro usado é prejudicial ao julgamento do mérito da ADIn Estadual. Haveria, portanto, impossibilidade jurídica do pedido. Isso porque o parâmetro invocado viola norma de repetição obrigatória prevista na CR/88..

Comentário 1

Norma de repetição obrigatória, norma de observância obrigatória ou princípios constitucionais extensíveis: "são normas centrais comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de observância obrigatória (obviamente, também aos Estados) e que percorrem toda a Constituição)". FERNANDES, Bernardo Gonçalves. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 6ª edição. Ed. JusPodivm. 2014. P. 150.

Comentário 2

O Supremo Tribunal Federal já decidiu no controle abstrato-concentrado de constitucionalidade que a norma prevista nos art. 49, III, e art. 83, ambos da CR/88, é de observância obrigatória. Portanto, está maculada pelo vício da inconstitucionalidade qualquer norma da Constituição Estadual e/ou da Lei Orgânica Municipal que estabeleça prazos de ausência sem autorização diversos dos parâmetros traçados pela Constituição da República. Dentre os

inúmeros julgados no STF, vide: ADI 678-9/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso; RE317.574/MG, Rel. Min. Cezar Peluso; ADI 738-6/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa.

Comentário 3

Sobre a possibilidade de o Tribunal de Justiça analisar a constitucionalidade do parâmetro da Constituição Estadual em face da Constituição da República no julgamento da ADIn Estadual, sem que isso importe em usurpação de competência: vide no STF Reclamação 526/SP, Rel. Min. Moreira Alves). Na doutrina, vale transcrever os ensinamentos de Gilmar Mendes, citado por Bernardo Gonçalves Fernandes:

"...'pode ocorrer que o Tribunal estadual considere inconstitucional o próprio parâmetro de controle estadual por entende-lo ofensivo à Constituição Federal'. Nesse caso, concordamos com o posicionamento doutrinário que afirma que, mediante tal hipótese (do TJ chegar à conclusão, após sua análise que inconstitucional é a própria Constituição Estadual!): 'o Tribunal de Justiça competente para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade em face da constituição estadual suscite ex officio a questão constitucional - inconstitucionalidade do parâmetro estadual em face da Constituição Federal - declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma constitucional estadual em face da Constituição Federal e extinguindo, por conseguinte, o processo, ante a impossibilidade jurídica do pedido (declaração de inconstitucionalidade em face do parâmetro constitucional estadual violador da Constituição Federal)'". (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Conet. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 1314-1315 apud in FERNANDES, Bernardo Gonçalves. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 6ª edição. Ed. JusPodivm. 2014. P. 1205).

Comentário 4

O tema acerca da (in)existência de Poder Constituinte Derivado Decorrente para os Municípios é divergente na doutrina e jurisprudência. Na doutrina prevalece que os Municípios não gozam de Poder Constituinte. Todavia, o STF já sinalizou entendimento sobre a possível existência de verdadeiro Poder Constiuinte Derivado Decorrente (ADInMC 980/DF). Trata-se de interessante discussão a ser explorada em provas subjetivas de concursos públicos.

3.2. PROVAS ESPECIALIZADAS

*(**XXXIII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL – 2014**) 1ª Questão – Discorra sobre o poder normativo do Conselho Nacional do Ministério Público. Resposta fundamentada.*

Autora: Vania Cirne

Sugestão de resposta

Concebido como órgão de controle externo do Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público possui assento constitucional (artigo 130-A, inserto na Seção I, atinente ao Ministério Público, do Capítulo IV, concernente às Funções Essenciais à Justiça, na Constituição da República Federativa do Brasil). Consoante disposto no parágrafo segundo do predito dispositivo constitucional, compete ao CNMP o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, tendo por atribuições, dentre outras, o zelo pela autonomia funcional e administrativa dos membros do Ministério Público. Para tanto, poderá expedir atos regulamentares, no âmbito de sua atribuição, ou recomendar providências.

Destarte, o poder normativo do CNMP, traduzido na expedição de resoluções, decorre da Constituição da República, e tem por escopo a tutela da autonomia do Ministério Público, que também encontra guarida na nossa Lei Maior, em seu artigo 127, § 2º.

Vale asseverar que a parte final do artigo 130-A, § 2º, inciso I, da CR, deve ser interpretada em consonância com a primeira parte da norma, devendo-se observar que o poder normativo do CNMP foi criado com vistas a resguardar a independência e autonomia do Ministério Público da ingerência de todo e qualquer poder.

Nesse sentido, autorizada doutrina entende que deve haver balizamentos ao exercício do poder normativo do CNMP, de maneira a evitar excessos, bem como a não reduzir a autonomia assegurada pelo legislador constituinte ao Ministério Público. Deve-se proceder à ponderação de princípios constitucionais, com o fito de evitar contradições no ordenamento constitucional.

Como é cediço, o poder regulamentar encontra-se atrelado à possibilidade de estruturas estatais especificarem, de forma cogente, as providências a serem adotadas para o aperfeiçoamento dos comandos legais e constitucionais.

No caso do poder normativo do CNMP, o próprio legislador constituinte atribuiu ao referido órgão o exercício do poder regulamentar, a fim de conferir máxima efetividade à Constituição.

Cumpre consignar que, segundo o STF, as resoluções do CNJ (e o mesmo entendimento é válido para as resoluções do CNMP) encontram-se imbuídas das características de generalidade (seus dispositivos veiculam normas proibitivas de ações administrativas padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois é vocacionada para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos).

Tendo em vista a terminologia empregada pelo legislador constituinte no artigo 130-A, § 2º, inciso I, da CR ("atos regulamentares"), passamos a tecer breves considerações acerca dos regulamentos, sua natureza jurídica, bem como da impropriedade da aludida expressão.

Grassa divergência na doutrina a respeito da natureza do regulamento, ou seja, se consiste em ato administrativo, sob a ótica formal, ou se pode ser concebido como ato legislativo, sob o aspecto material.

Não se pode olvidar a imprescindibilidade da fiel observância dos regulamentos à norma hierarquicamente superior, in casu, a Constituição da República, donde é diretamente extraído tal poder normativo, assim como à lei.

Ora, se a norma tem de buscar seu fundamento de validade na Constituição da República, sob pena de padecer do vício de inconstitucionalidade, não pode exorbitar da função conferida pela Lei Maior, devendo guardar a devida proporcionalidade e adequação aos fins alvitrados pelo poder constituinte. Ou seja, a norma posta não pode afrontar a norma que lhe dá suporte.

Ressalte-se que há entendimento no sentido de que os regulamentos servem-se tão somente à execução das leis e, portanto, não haveria falar em decreto autônomo (denominado regulamento autônomo por alguns), o qual prescinde de autorização legal para sua edição. Em sentido diametralmente oposto, admitem-se as seguintes espécies de manifestações do poder regulamentar: autônoma ou independente, pela qual seriam preenchidas as lacunas da lei; executiva, que se serve à aplicação das normas legais; e autorizada, por meio da qual há disciplina das matérias descritas na lei que delegou ou permitiu o exercício do poder regulamentar.

Segundo a doutrina que admite a existência dos decretos autônomos, o fundamento da referida espécie normativa estaria estampada na própria Constituição ou na lei, tendo-se por exemplo o artigo 84, VI, c/c artigo 61, § 1º. Inciso II, da Constituição da República. De acordo com o artigo 84, inciso IV, da Constituição da República, compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo regulamentar a lei, por meio de decreto e regulamento. Insta observar a impropriedade da expressão, eis que o regulamento constitui o conteúdo do decreto, e não espécie distinta.

O legislador constituinte derivado (através da Emenda Constitucional 45/2004), a par da competência privativa do Poder Executivo, autorizou a expedição de "atos regulamentares" pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, nos artigos 103-B, § 4º, inciso I, e 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição da República, respectivamente.

Assevere-se que os atos regulamentares do CNMP não foram alçados ao nível de lei, sob pena de mácula às normas constitucionais definidoras de competências, bem como aos princípios federativo, democrático e da independência entre os Poderes.

Com efeito, as resoluções do CNMP constituem "regulamentos autônomos" a serem exercidos "no âmbito de sua competência", isto é, na seara das matérias previstas no artigo 130-A da Constituição da República, não podendo extrapolar tais limites, portanto.

É de se notar que o Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, em sede de cognição sumária, entendeu que as resoluções do CNJ teriam força de diploma normativo primário, porquanto seu fundamento de

validade seria extraído diretamente da Constituição. Com isso, parte da doutrina passou a entender que tal posicionamento seria válido para as resoluções do CNMP.

Em que pese a referida decisão do Pretório Excelso, as resoluções ou regulamentos autônomos devem observância às normas constitucionais que dispõem sobre a divisão de competências entre os entes federados, bem como à lei. Outrossim, as resoluções do CNMP não podem ser assimiladas aos decretos autônomos do Poder Executivo e, por fim, nenhum dos exemplos de atos normativos que não a lei, previstos na Constituição, foi expressamente intitulado de "ato regulamentar" (tal qual o artigo 130-A, § 2º, inciso I, da CR).

De outro giro, como brevemente explanado acima, o CNMP possui missão constitucional de zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público. Para tanto, o legislador constituinte outorgou-lhe dois instrumentos: expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência e recomendar providências. Nesse viés, a ratio do poder regulamentar do CNMP é a tutela da autonomia do Ministério Público.

Traduz-se por autonomia a prerrogativa de estabelecer as próprias normas. Ao Ministério Público é essencial autonomia administrativa e financeira, para fins de realização de seu mister constitucional, qual seja, a proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127, caput, da CRFB.

Desta feita, o CNMP deve editar atos regulamentares com vistas a atender à autonomia institucional, tendo por fim último, a consecução das finalidades institucionais do Ministério Público insculpidas no precitado dispositivo, numa interpretação sistemática da Constituição.

Deflui do nosso sistema constitucional, que repousa sobre os princípios, direitos e garantias fundamentais, que o Ministério Público, instituição vocacionada à tutela dos direitos mais caros ao nosso Estado de Direito Democrático, que constituem cláusulas pétreas, não pode sofrer limitação em sua autonomia. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão no sentido de que, se o Ministério Público defende as cláusulas pétreas, é tão pétreo quanto estas, não podendo sequer emenda constitucional reduzir suas garantias.

Vale ressaltar que os atos regulamentares somente podem alcançar os atos de natureza administrativa e funcional, sem perder de vista o objetivo de assegurar a autonomia da Instituição. Nesse viés, esclareça-se que os atos praticados no âmbito do Ministério Público podem ter natureza administrativa, financeira, funcional stricto sensu (o exercício da atividade-fim do Ministério Público) e política. Como mencionado acima, os atos regulamentares expedidos com vistas à tutela da autonomia funcional, não poderão limitá-la, tampouco afetar a independência funcional dos membros do Ministério Público, princípio que se afigura como indispensável à realização de sua atividade-fim (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis).

Por todo o exposto, entende-se que o poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público encontra limitação no âmbito de competência do colegiado, nas próprias regras e princípios constitucionais e na lei, e deve ser exercido com o desiderato de zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público.

Comentário 1

A resposta foi elaborada em consonância com o artigo de autoria do examinador da banca de Direito Constitucional (vide: Emerson Garcia. "AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O SEU NECESSÁRIO BALIZAMENTO". Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012). Vale destacar, portanto, a importância da leitura das obras dos examinadores, pelo concursando, para se inteirar do entendimento da banca.

Comentário 2

Segue ementa da decisão proferida pelo STF, na ADC 12 (em sede de medida cautelar):

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.

Patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil - AMB para propor ação declaratória de constitucionalidade. Primeiro, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional. Segundo, porque evidenciado o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais da proponente e o conteúdo do ato normativo por ela defendido (inciso IX do art. 103 da CF, com redação dada pela EC 45/04).

Ação declaratória que não merece conhecimento quanto ao art. 3º da resolução, porquanto, em 06/12/05, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 09/05, alterando substancialmente a de nº 07/2005.

A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos).

A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.

O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos

normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.

Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público.

O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junge essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça.

Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo "chefia" nos inciso II, III, IV, V do artigo 2° do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia ex tunc, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.

Comentário 3

A título de ilustração, colacionamos os seguintes julgados do Supremos Tribunal Federal, acerca da atribuição do CNMP:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. REPRESENTAÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTABELECIDA NO ART. 130-A, INC. I, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SEGURANÇA DENEGADA. 1. A independência funcional garantida ao Impetrante pelo art. 127, § 1º, da Constituição da República não é irrestrita, pois o membro do Ministério Público deve respeito à Constituição da República e às leis. 2. Compete ao Conselho Nacional

do Ministério Público zelar pela autonomia funcional do Ministério Público, conforme dispõe o inc. I do § 2º do art. 130-A da Constituição da República. 3. Segurança denegada. (MS 28408 / DF - DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 18/03/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE ATO DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO EM TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. ATIVIDADE-FIM DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. INTERFERÊNCIA NA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E NA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ESPÍRITO SANTO - CSMP/ES. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. MS 28028 / ES - ESPÍRITO SANTO (MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 30/10/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma)

EMENTA Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional do Ministério Público. Competência reconhecida para fiscalizar os princípios que regem a Administração Pública, consagrados no art. 37, caput, da Constituição Federal. Cessão de servidor público. Ausência dos pressupostos legais objetivos. Prevalência de interesse público sobre o privado. Impropriedade do debate. Impossibilidade de dilação probatória. Segurança indeferida. 1. Competência do Conselho Nacional do Ministério Público para promover a fiscalização dos princípios constitucionais da Administração Pública, consagrados no art. 37, caput, da Constituição Federal, entre eles o princípio da moralidade, que rege a vedação ao nepotismo. 2. É inexequível a precisão dos interesses públicos e privados envolvidos, ressalvando-se, ademais, a obrigatoriedade de o Poder Público pautar seus atos pelo respeito aos princípios da administração pública, em especial, no caso dos autos, aos da legalidade e da impessoalidade (art. 37, caput, da CF/88). 3. A edição de atos regulamentares ou vinculantes por autoridade competente para a orientação da atuação dos demais órgãos ou entidades a ela vinculados quanto à configuração do nepotismo não retira a possibilidade de, em cada caso concreto, proceder-se à avaliação das circunstâncias à luz do art. 37, caput, da CF/88. 4. Segurança indeferida. MS 31697 / DF - DISTRITO FEDERAL

(Mandado de Segurança Relator(a): Min .DIAS TOFFOLI. Julgamento: 11/03/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma)

(XXXIII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL – 2014)2ª Questão – Analise a denominada "cláusula de barreira" sob o prisma dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e da funcionalidade dos partidos políticos.

Autora: Bárbara Nascimento

Sugestão de resposta

A expressão "cláusula de barreira" pode ser utilizada para designar diversos fenômenos.

Inicialmente, é possível falar em uma cláusula de barreira "natural". Explica-se: no Direito brasileiro, aquele partido que não alcança o quociente eleitoral em eleições proporcionais sequer pode participar da distribuição das sobras, ficando sem cadeiras.

Além disso, é possível falar em uma cláusula de barreira "artificial", que é aquela criada pela legislação estabelecendo que partidos que não alcancem um determinado percentual de votos sofram consequências com relação à manutenção de um candidato eleito ou à manutenção do seu funcionamento parlamentar.

A cláusula de barreira artificial verdadeira é rechaçada no Brasil. Ela existe em países como a Alemanha, dentre outros, e exige que o partido alcance uma votação mínima sob pena do seu candidato eleito perder a cadeira conquistada.

Nacionalmente, o que tivemos foram dispositivos da Lei 9.096/95 que trouxeram consequências negativas para partidos que não cumprissem os requisitos do seu art. 13, como a perda do fundo partidário (art. 41, I e II, da Lei 9.096/95) e a impossibilidade de compor CPIs. Além disso, quando o partido não possui representação na Câmara dos Deputados, a participação em debates de rádio ou televisão não é assegurada aos seus candidatos (art. 46, Lei 9.504/97). Mas note-se que essas não se tratam de cláusulas de barreira propriamente ditas. O mais técnico seria falar em "cláusulas de desempenho". Isso porque o partido não perderia cadeiras nas hipóteses narradas, mas sofreria sanções que prejudicariam o seu desempenho.

Contudo, o STF julgou inconstitucionais as limitações trazidas pela Lei 9.096/95 valendo-se do argumento do pluripartidarismo.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito. Isso pressupõe pluralismo político e possibilidade de ampla deliberação no espaço público. O partido, como o próprio nome diz, é parte desse sistema. Na obra "Origens do Totalitarismo", Hannah Arendt demonstra que apenas em democracias há espaço para verdadeiros partidos, no sentido de parte, pois nos Estados totalitários o que há é centralização do poder nas mãos do grupo dominante. O poder político se torna uno, não partido.

Assim, os partidos, apesar de terem caráter nacional, refletem diferentes visões de mundo e modos de vida.

O Brasil é uma sociedade plural, formada por diferentes heranças culturais, e isso se espelha na repartição política. O pluralismo político, portanto, permite que as minorias sejam representadas, tenham voz. Lembre-se que o conceito contemporâneo de Estado Democrático de Direito pressupõe não apenas o respeito à vontade política majoritária como também a compatibilização dessa vontade com os direitos fundamentais das minorias.

É importante, portanto, a representação política adequada dos grupos minoritários, o que dará até uma maior legitimidade democrática à vontade da maioria, pois ampliará o debate público que contribuiu para formar a decisão.

No plano positivo, considerando-se essas questões de ordem filosófica, o pluralismo político foi previsto como princípio fundamental da República no art. 1º, V, da CRFB,

o pluripartidarismo foi expressamente trazido pelo artigo 17 da CRFB e o parágrafo 3° do mesmo artigo 17 trouxe o direito dos partidos a recursos do fundo partidário.

O STF, ao declarar a inconstitucionalidade dos artigos 13 e 41, I e II, da Lei 9.096/95, o fez por entender que tais dispositivos violavam de forma tão intensa os direitos dos partidos que atingiam o núcleo duro do pluralismo político.

Comentário

Por vezes a expressão "cláusula de barreira" tem sido utilizada de forma não técnica pela mídia para projetos de lei que não trazem verdadeiras cláusulas de barreira. Recomenda-se cautela ao candidato, devendo sempre buscar a precisão terminológica.

(XXXII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL - 2012) *Questão 01 - AComissão Permanente de Assuntos Municipais e de Desenvolvimento Regional da ALERJ ajuíza Representação por Inconstitucionalidade, perante o Órgão Especial do TJRJ, alegando que determinada norma do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de cidade integrante da região metropolitana viola os artigos 234, inciso III, e 236, da Constituição do Estado. O preceito impugnado na citada Representação por Inconstitucionalidade faculta ao Plenário da Câmara de Vereadores, por maioria simples de votos dos seus membros, a dispensa de realização de audiência pública em processos legislativos que tenham por objetivo adaptação dos planos urbanísticos às novas realidades da urbe. A Câmara de Vereadores, intimada para se manifestar sobre os termos da Representação, aduz, preliminarmente, que a referida comissão não deteria legitimidade para instaurar processo de controle concentrado de constitucionalidade, em razão do dever de simetria ao rol dos legitimados contido no artigo 103 da CF, razão pela qual o citado processo deveria ser extinto, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa. Quanto ao mérito, assentou que a norma do Regimento Interno da Câmara veicula matéria interna corporis, insuscetível de controle judicial, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes. No mais, argumentou que as normas da Constituição do Estado, ao dispor sobre o processo legislativo dos Municípios, invadiram a esfera de competência própria dos entes municipais, o que implicaria na sua inconstitucionalidade, por violação ao artigo 18 da CF, devendo o Órgão Especial, de forma incidental, reconhecer a citada inconstitucionalidade. Alternativamente, pugnou por uma interpretação conforme a Constituição, para permitir que a Casa Legislativa de cada Município decida em cada caso concreto acerca da necessidade ou não de realização de audiência pública. A Procuradoria-Geral do Estado, intimada para se pronunciar na forma do artigo 162, § 3º, da Constituição do Estado, manifestou-se pela rejeição da preliminar processual, uma vez que a Constituição do Estado deteria competência para atribuir legitimidade ativa na Representação para outros órgãos, mesmo que não guardem relação com os legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade. No mérito, aduziu que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, no âmbito do processo objetivo da Representação por Inconstitucionalidade, não pode*

realizar controle de constitucionalidade tendo como paradigma a Constituição Federal, pugnando pela declaração de inconstitucionalidade do preceito do Regimento Interno, com efeitos temporários ex nunc, uma vez que diversas licenças de construções já foram editadas com base em leis urbanísticas aprovadas sob o rito estabelecido no Regimento Interno, o que poderia causar lesão ao interesse público e ao direito de terceiros de boa--fé. O processo é, então, remetido ao Procurador-Geral de Justiça para manifestação. Elabore manifestação jurídica (dispensada a forma de parecer), abordando todos os aspectos suscitados.

Autor: Uriel Fonseca

Sugestão de resposta:

A questão propõe uma análise sobre diversos assuntos envolvendo o tema controle de constitucionalidade no âmbito estadual, norteada pelas mais variadas alegações apresentadas pelos órgãos instados a se manifestar. É importante que o candidato associe a análise da normativa aplicável, dos ensinamentos doutrinários e das decisões paradigmáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre os temas, oferecendo, assim, ao examinador uma visão ampla do instituto em tela. Neste sentido, devem ser abordados e desenvolvidos os seguintes pontos:

a) Legitimidade ativa (v. ADI 558/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26/03/1993). A única regra da Constituição da República a esse respeito está contida no art. 125, § 2º, e veda, tão somente, que a atribuição de legitimação seja outorgada a um único órgão. Ainda assim, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não poderia o ente federativo prever rol de legitimados inferior àquele contemplado, em âmbito federal, no art. 103 da Constituição da República, sendo este o único parâmetro de simetria estabelecido. Em outros termos, nada impede a ampliação da iniciativa a outros órgãos públicos ou entidades.

b) Possibilidade de controle de constitucionalidade sobre regimento interno de Casa Legislativa. A jurisprudência do STF tem admitido o controle judicial sobre normas de regimento interno de Casas Legislativas, ainda que, a rigor, constituam matéria interna corporis, sempre que tendentes a violar regra essencial do processo legislativo veiculado na Constituição da República (v. STF, MS 26.441/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 18/12/2009). Por simetria, o mesmo se pode dizer em relação ao controle estadual, tomando por paradigma o processo legislativo disciplinado na Constituição do Estado.

c) Declaração de inconstitucionalidade incidental da norma paradigma frente a Constituição da República. Como qualquer juiz de primeiro grau, considerando-se que o modelo de controle de constitucionalidade, no Brasil, assume caráter misto, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça não só pode, como deve exercer o controle incidental no caso, já que não pode aplicar norma que repute inconstitucional. Então, como questão prejudicial à análise do objeto da Representação de Inconstitucionalidade, o Órgão Especial avaliará, incidentalmente, a constitucionalidade da norma da Constituição Estadual frente à Constituição da República. A controvérsia, neste particular, é

meramente processual, caso reconhecida a inconstitucionalidade da previsão da Constituição Estadual: se seria hipótese de improcedência ou de inadequação da ação, com extinção do processo sem julgamento do mérito neste último caso. Prevalece, em doutrina, o segundo entendimento apresentado, eis que a improcedência, no caso, traduziria um juízo de constitucionalidade em abstrato, em usurpação à competência do Supremo Tribunal Federal, único foro competente para controlar, em abstrato, a inconstitucionalidade de norma da Constituição estadual, por meio de ADIn.

d) Modulação dos efeitos da decisão no controle de constitucionalidade em âmbito estadual. Nada impede que, havendo relevante razão de direito, lastreada na tutela da segurança jurídica ou de interesse social, se modifiquem os efeitos temporais da decisão em sede de Representação de Inconstitucionalidade, tomada, por analogia, a regra do art. 27 da Lei n.º 9.868/99. No caso específico do Rio de Janeiro, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça, no seu art. 108, § 2º, contempla dispositivo análogo ao da citada lei federal.

e) Mérito. A Constituição Estadual, em seus arts. 234, inciso III, e 236, paradigmas da Representação de Inconstitucionalidade em questão, não estabelece a forma pela qual a sociedade civil participará da elaboração dos planos urbanísticos, pois, do contrário, invadiria a esfera de atribuição dos Municípios no planejamento local. Ao revés, apenas garante, de maneira genérica, a participação ativa das entidades representativas na ordenação municipal, razão pela qual, a priori, não há que se reconhecer, incidentalmente, qualquer inconstitucionalidade nas normas paradigmas. Quanto ao objeto do controle, também não se verifica qualquer vício, eis que não afasta, por completo, a participação democrática na elaboração da regulamentação urbanística do Município em referência. Cria, tão somente, mecanismo de dispensa da realização da audiência pública em casos excepcionais, sem que se estabeleça, vale dizer, qualquer vedação apriorística a outros métodos de integração popular no processo legislativo.

Comentário

Ainda que não se exija conhecimento aprofundado da legislação estadual, a questão revela ser necessário ter consigo, no momento da realização do exame, os principais diplomas normativos estaduais, notadamente a Constituição do Estado. Também é interessante pontuar que, muito embora os tópicos comentados devam constar da resposta do candidato, o acréscimo de considerações periféricas, que demonstrem o conhecimento acerca do controle de constitucionalidade em âmbito estadual, é fundamental à obtenção da pontuação integral. Trata-se de apresentar diferencial em relação aos demais candidatos, certamente levado em consideração pelo examinador. Com relação à análise do mérito da Representação de Inconstitucionalidade em questão, não há gabarito fechado, cabendo ao candidato a elaboração de resposta fundamentada, com argumentos lógicos e coerentes.

(XXXII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL - 2012) *2ª Questão - O Promotor de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca de Petrópolis toma conhecimento de que há inúmeras crianças sendo vítimas de exploração sexual no referido Município. Constata, ainda, a existência de projeto do poder público visando ao atendimento de crianças vítimas de abuso, contudo, este não é executado. Pergunta-se:*

1. No âmbito das funções institucionais do Ministério Público, é cabível medida judicial para obrigar o Município a executar o projeto?

2. Cabe ao Poder Público invocar a cláusula da reserva do possível, na hipótese?

3. Eventual decisão judicial pode obrigar o poder público a implementar direitos de segunda geração? RESPOSTA JUSTIFICADA.

Autora: Michelle Ribeiro

Sugestão de resposta

1) A questão versa sobre a possibilidade do Ministério Público atuar judicialmente visando obrigar o ente público a implementar determinada política pública. Tal discussão é de grande relevância visto que grande parte das ações civis públicas de obrigação de fazer ajuizadas pelo Parquet tem como objeto principal obrigar o ente público a implantar corretamente alguma política pública definida pelo legislador constitucional ou infraconstitucional. Considerando que o Ministério Público tem por função institucional previstas no artigo 129, II e III da CRFB/88 zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia bem como promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Dessa forma, está incluída a proteção dos direitos das crianças através do ajuizamento de ação civil pública de obrigação de fazer, requerendo ao Município que dê efetividade e concretude ao já existente projeto do poder público visando ao atendimento de crianças vítimas de abuso sexual, com fulcro nos artigos já mencionados e também nos artigos 1°, IV, 5°, I, da Lei 7347/85 e arts. 5° e 201, V da Lei n° 8069/90 (ECA), já que a proteção das crianças é dever do Estado com absoluta prioridade, conforme artigo 227 da nossa Carta Magna.

2) A cláusula da reserva do possível tem por conceito uma limitação econômica, orçamentária, frente a qual o Estado deve eleger prioridades por não possuir recursos para atender a todos os anseios da sociedade. Contudo, entendemos pela sua inaplicabilidade da forma como tem sido feita pelos entes públicos visando justificar sua omissão na implantação e efetivação de direitos fundamentais. Explicamos.

Primeiramente, a reserva do possível não pode ser obstáculo à concretização do mínimo existencial da pessoa humana que se consubstancia nas mínimas condições materiais de existência daquele individuo, especialmente se o indivíduo em questão é

uma criança, cuja prioridade absoluta foi determinada pela Constituição da República no artigo 227 e que sua exploração sexual além de conduta criminosa (artigo 244-A da Lei nº 8069/90) afeta gravemente o desenvolvimento psicofísico da criança o que se impõe de forma radicalmente oposta ao preceito constitucional da absoluta prioridade da criança. Neste sentido, ARE 639337/SP, Relator. Min. Celso de Mello.

Ademais, o gestor público ao criar um projeto visando ao atendimento de crianças vítimas de abuso, em razão consequente aumento de despesas, tem que ter realizado prévio estudo de impacto orçamentário e a indicação da rubrica orçamentária que iria suportar o investimento financeiro necessário para sua implementação, já que são vedados pela CRFB/88, em seu artigo 167 o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, bem como a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, artigo esse aplicável ao orçamento municipal pelo princípio da simetria. Ou seja, ou os recursos para concretização do projeto do poder público referente ao abuso sexual de crianças já estavam incluídos em alguma rubrica orçamentária já aprovada quando da publicação da lei orçamentária ou houve a criação de credito adicional ou suplementar para tal, com a competente indicação da origem dos recursos. Assim, também por esse motivo não aceitamos a alegação da reserva do possível como obstáculo para a implementação de política pública já criada pelo Poder Público que possui discricionariedade administrativa para optar pelo melhor meio de alcançar a finalidade inafastável, que é a proteção integral das crianças e adolescentes. Desta forma, escolhida pelo gestor público tal política pública tendo feito para tal todos os estudos de impacto orçamentário exigidos pela lei/constituição não lhe cabe escusar-se da sua implementação concreta pela falta de recursos financeiros.

3) Sobre a judicialização dos direitos de segunda geração. Inicialmente nos cabe delimitar o conceito de direitos de segunda geração. Por Gilmar Mendes em seu Curso de Direito Constitucional, direitos de segunda geração são aqueles direitos através dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. São uma segunda etapa da evolução histórica dos direitos fundamentais, onde a primeira geração diz respeito a direitos abstencionistas, de não intervenção do Estado nas liberdades individuais, em contraponto ao poder estatal absoluto que antecedeu as Revoluções Francesa e Americana. Já a terceira geração de direitos traz os direitos de titularidade coletiva, proteção de direitos não individuais.

Desta forma, ultrapassada a conceituação entendemos que cabe ao Poder Judiciário sim determinar a implantação de direitos de segunda geração, os chamados direitos sociais. Isso, pois as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata (artigo 5º, §1º da CRFB 88) podendo ser utilizadas pelo Judiciário de forma a fundamentar decisões hábeis a concretizar seu conteúdo, em especial no tocante a direitos constitucionais sociais já amplamente complementados pelo legislador infraconstitucional bem como pela criação da política pública necessária a sua efetivação, onde o judiciário teria apenas por missão determinar ao gestor público que implemente a política pública já criada por ele mesmo, não havendo portanto obstáculo nem mesmo na chamada discricionariedade administrativa, em respeito a qual o

Administrador Público tem a liberdade de escolha da política pública a ser implantada, em atenção a sua conveniência, oportunidade e conteúdo, já que a escolha já foi feita, visto que o projeto de proteção as crianças alvo de abuso sexual já existe.

Ressalte-se que mesmo essa discricionariedade administrativa, quando representa obstáculo a efetividade de direitos fundamentais, deve ser afastada pelo Poder Judiciário sem que represente violação ao princípio da separação de Poderes (art. 2º CRFB 88), mas sim em respeito ao artigo 5º, XXXV também da Constituição que preconiza o dever de intervenção do Poder Judiciário quando a atuação de qualquer outro Poder lesiona ou ameaça de lesão algum direito. E é com esse fundamento que deve ser permitida a judicialização dos direitos de segunda geração, bem como de políticas públicas em geral, já que ao Administrador não cabe atuar com omissão ou mesmo ação lesiva ao mínimo existencial dos direitos fundamentais, não se situando no âmbito da discricionariedade administrativa tal atuação, já que esta zona discricionária deve sempre ter como limite sua adstrição em atender aos princípios da Administração Pública, e por consequência a proteção aos direitos fundamentais, já que dentre esses princípios se encontra a legalidade, lato e stricto sensu (art. 37, caput, CRTB 88).

(XXXII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL - 2012) *3ª Questão - A Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, dispõe o seguinte: "Artigo 15: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: (...) XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização." Assim, pergunta-se: a União Federal pode requisitar bens e serviços de um determinado Município sob a alegação de que está ocorrendo grave crise no sistema de saúde, com base no texto legal mencionado?*

Autora: Michelle Ribeiro

Sugestão de resposta

De forma inicial, nos cabe conceituar o instituto da requisição, que conforme o i. jurista José dos Santos Carvalho Filho é a modalidade de intervenção estatal através da qual o Estado utiliza bens móveis, imóveis e serviços particulares em situação de perigo público iminente. Dessa forma observa-se que numa leitura do conceito, bem como do artigo 15, XIII da Lei nº 8080/90, trata-se de instituto destinado a justificar uma intervenção do Poder Público na propriedade, por regra geral, privada.

Neste sentido, decidiu o STF ao julgar um Mandado de Segurança (MS 25295) que a União Federal não poderia requisitar bens e serviços de um Município sob a

alegação de que está ocorrendo grave crise no sistema de saúde com base no artigo 15, XIII da Lei nº 8080/90, pelos seguintes fundamentos: (i) a requisição de bens e serviços do município, já afetados à prestação de serviços de saúde, não tem amparo no inciso XIII do art. 15 da Lei 8.080/1990, sendo tal inciso referente a requisição apenas de bens privados; (ii) nesse sentido, as determinações impugnadas através da requisição operada pela União configuram-se efetiva intervenção da União no município, vedada pela Constituição; (iii) é inadmissível a requisição de bens municipais pela União em situação de normalidade institucional, sem a decretação de Estado de Defesa ou Estado de Sítio (iv) tal requisição ofende a autonomia municipal (artigo e ao pacto federativo.

No sentido deste julgado, a requisição operada na questão guarda maior similitude com o instituto da intervenção federal, já que houve a perda de autonomia de um ente da federação para outro de hierarquia superior, havendo também situação excepcional para ser corrigida e há uma autoridade que terá poderes para restabelecer a normalidade. Contudo, mesmo que se quisesse aceitar tal requisição como se intervenção federal fosse, tal seria inconstitucional, visto que editada como requisição, não teria observado os rígidos requisitos para uma intervenção federal, descritos nos artigos 34 e 35 da CRFB/88.

Ademais, conforme o artigo 23, II da CRFB/88 todos os entes federativos possuem competência material para cuidar da saúde, e que o SUS, conforme artigo 4º da Lei nº 8080/90 é um sistema o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, estando previsto no artigo 18, I da mesma lei que cabe aos Municípios planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde, cabendo aos Estados apenas suplementar essa execução (art. 17 da Lei nº 8080/90) e à União atuar mais no campo do planejamento (art. 16 da Lei nº 8080/90), atuando na execução apenas em alguns pontos, como a execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras (art. 16, VII da Lei nº 8080/90).

Assim, no caso de grave crise no sistema de saúde de um município, pelo entendimento do STF não seria possível essa requisição federal dos bens e serviços de saúde de um determinado Município, cabendo sim uma união de esforços dos três entes federativos envolvidos visando o resgate do sistema de saúde que está incorrendo em grave crise.

Contudo, nesse mesmo julgado do STF houve diversas divergências, sendo que o Ministro Relator e o Presidente entenderam possível em tese a requisição pela União de bens e serviços dos Municípios para atendimento a situações de comprovada calamidade e perigo público (votando contrariamente por outras razões). Insta salientar que o próprio relator enfatizou que se é cabível a desapropriação pela União de bens do Município (DL 3365/421, art. 2 §2º), porque não seria cabível a requisição, que é instituto menos gravoso.

Ademais, ainda no mencionado julgado do STF, o próprio Ministério Público Federal opinou pela manutenção da requisição federal dos serviços e bens municipais, afirmando este que o art. 15, inciso XIII da Lei 8080/90 autoriza tal instituto, apontando que o referido inciso não faz distinção entre pessoas jurídicas de direito público ou privado.

(XXXI CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL – 2010)1ª questão –A competência para o julgamento de um crime ambiental contra a fauna endêmica da Serra do Mar, considerada patrimônio nacional, é da justiça federal ou da estadual?

Autora: Bárbara Nascimento

Sugestão de resposta

A competência da justiça federal é determinada pelo artigo 109 da CRFB. No contexto da pergunta formulada, chama atenção o inciso IV do referido art. 109, segundo o qual crimes cometidos em detrimento de bens, serviços ou interesse da União são julgados pela Justiça Federal.

O artigo 225, §4°, da Constituição da República, classifica a Serra do Mar como patrimônio nacional. Em que pese haver divergência na doutrina sobre o conceito de "patrimônio" utilizado no referido parágrafo, é certo que não se trata de uma noção clássica do direito civil relacionada à propriedade. Ou seja, não se trata de uma desapropriação realizada pela CRFB, transferindo para a União os bens de particulares e dos Estados e Municípios localizados na Serra do Mar e nos demais ecossistemas lá mencionados. Também não se trata do estabelecimento de um domínio público. Na verdade, a natureza jurídica da Serra do Mar é de espaço territorial especialmente protegido pela Constituição, sob o domínio eminente do Estado, de forma que as propriedades inseridas nessa área devem obedecer à função ambiental.

Portanto, se a noção de patrimônio prevista no artigo 225, §4°, da CRFB, não significa que a Serra do Mar seja bem da União, a princípio a competência para o julgamento de um crime ambiental cometido na da Serra do Mar será da Justiça Estadual, que possui a competência residual.

Excepcionalmente, contudo, podem estar presentes outros elementos no caso concreto que desloquem a competência para a Justiça Federal. É possível, por exemplo, que haja uma Unidade de Conservação Federal na Serra do Mar. Se assim for, o crime lá praticado será de competência da Justiça Federal, mas por ter sido praticado em uma unidade de conservação federal e não por ter sido praticado na Serra do Mar.

Restaria saber se a fauna endêmica da Serra do Mar pode ser considerada bem da União, pois se assim fosse também seria hipótese de aplicação do art. 109, IV, da CRFB.

Em um primeiro momento o STJ editou a Súmula 91, entendendo que competia à Justiça Federal processar e julgar os quaisquer crimes praticados contra a fauna silvestre. Isso porque reconhecia-se um interesse federal subjacente na proteção dos animais sob a égide da Lei 5.197/67. Segundo o artigo 1° da referida lei, a fauna silvestre é propriedade do Estado. Tal dispositivo era entendido no sentido de que a União teria um dever de proteger os animais, mas não poderia dispor deles.

O entendimento jurisprudencial mudou com a edição da Lei 9.605/98 e a Súmula 91 foi cancelada. Passou-se a entender que um delito contra a fauna endêmica, por si

só, não atrai a competência federal se não estiver acompanhado de outro elemento previsto no artigo 109 da CRFB. Isso porque a proteção ao meio ambiente é competência comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios (art. 23, VI, CRFB) e os animais não são bens da União.

Assim, se nem a Serra do Mar nem sua fauna endêmica são bens da União, deve o crime sob análise, em regra, ser julgado pela Justiça Estadual. Excepcionalmente, caso presentes outras situações previstas no art. 109 da CRFB que atraiam a competência da justiça federal, esta julgará o crime.

(XXXI CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL – 2010) *2ª questão – Determinadamedida provisória, regularmente editada pelo Presidente da República, passou a vedar a concessão de liminares em mandados de segurança individuais ou coletivos e ações ordinárias ou cautelares que versem sobre determinado diploma legal.*

Diante deste quadro e à luz dos critérios de hermenêutica constitucional, analise a constitucionalidade da medida, dissertando especialmente sobre:

A) O papel constitucional das medidas provisórias e sua abrangência

B) Os princípios constitucionais envolvidos, seus conflitos e a técnica para sua solução;

C) Os mecanismos de controle de constitucionalidade aplicáveis e os respectivos órgãos jurisdicionais com tal competência;

Autora: Adriana Garcia

Sugestão de resposta

As Medidas Provisórias foram estabelecidas na CR/88 como espécies legislativas primárias, de edição privativa do Chefe do Poder Executivo Federal, atribuindo-lhe função atípica de legislar, tendo força, eficácia e valor de lei, desde que observados alguns pressupostos específicos e cumulativos. Os requisitos cumulativos necessários à edição das Medidas Provisórias são estabelecidos no art. 62, caput, da CR/88: o objeto tratado deve ser relevante e urgente. Também foram estabelecidas vedações materiais à sua edição no § 1º do art.62 da CR/88, trazido pela EC 32/2001, de forma a evitar abusos na discricionariedade praticados pelo Chefe do Poder Executivo na avaliação política de tais requisitos. Dentre as vedações está a proibição de edição de Medida Provisória sobre matéria processual civil, que é a hipótese apresentada. Portanto, Medida Provisória que estabeleça vedação de concessão de liminar sobre matéria afeta a determinado diploma legal em quaisquer espécies de ação seria inconstitucional e, consequentemente, inválida. A dita inconstitucionalidade não decorreria apenas da violação do requisito formal estabelecido no §1º, inciso I, alínea "b", do art.62, da CR/88, mas também por violação dos requisitos

formais do caput do mesmo, ante a patente ausência de urgência para a edição do ato normativo. Haveria, também, violação material da CR/88, uma vez que a vedação da concessão de liminar sem qualquer justificativa específica confrontaria o princípio do acesso à Justiça, que é garantia fundamental elencada no art.5°, inciso XXXV, da CR/88.

Na hipótese, os princípios em colisão são o princípio da separação dos poderes, decorrente dos arts. 2° e 60, §4°, inciso III, ambos da CR/88, e o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário no que se refere à apreciação de lesão ou ameaça a direito (art.5°, inciso XXXV, da CR/88), também chamado de princípio do acesso à justiça.

No âmbito principiológico, as regras tradicionais de hermenêutica para solução de conflitos ante a colidência de normas (critérios hierárquico, cronológico e da especialidade) não são suficientes, devendo ser empregado o método de ponderação de interesses. Esta técnica hermenêutica consiste em uma análise trifásica da problemática: primeiro são identificados os princípios em conflito; depois são analisadas as circunstâncias do caso concreto e suas repercussões; por fim, é realizada a ponderação em concreto, com a avaliação de cada um dos princípios em relação às conseqüências que se colocam, com o fim de se estabelecer qual deles deve prevalecer na hipótese, valendo-se de argumentação jurídica valorativa.

Como dito, as Medidas Provisórias têm força de lei, podendo ser objeto de controle de constitucionalidade. Não é possível um controle de constitucionalidade prévio, diante da aplicação imediata desta espécie normativa com sua publicação no Diário Oficial pelo Chefe do Poder Executivo. No entanto, pode haver um controle de constitucionalidade posterior ou repressivo no âmbito do Poder Legislativo (Congresso Nacional, na hipótese), quando da análise da conversão da medida provisória em lei, quanto a seus pressupostos constitucionais, sejam eles formais ou materiais (art.62, §5°, da CR/88). No âmbito do Poder Judiciário também há possibilidade de controle posterior ou repressivo, que poderá ser abstrato ou concreto. O controle abstrato, ou por via de ação, de Medida Provisória editada pelo Presidente da República é feito por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, conforme previsto no inciso I, alínea "a", do art.102 da CR/88, tanto no aspecto formal, quanto no aspecto material, podendo ter por objeto, inclusive, os requisitos da relevância e urgência, quando estes forem flagrantemente violados, constatando-se um abuso da discricionariedade política do Chefe do Poder Executivo, apesar de serem conceitos jurídicos indeterminados. O controle concreto, incidental, ou por via de exceção, pode ser feito por todos os magistrados, até mesmo os que atuam na primeira instância, como fundamento de decidir um caso concreto, sendo que, para que seja declarada a inconstitucionalidade no âmbito do Tribunal, deve ser observada a cláusula de reserva de plenário (art.97 da CR/88).

Comentário 1

Desde que as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas do DF e Municípios reproduzam todas as diretrizes básicas fixadas na CF/88 sobre processo legislativo das Medidas Provisórias, em atenção ao princípio da simetria, entende-se possível a edição de MPs pelos

chefes dos Executivos estaduais, distrital e municipais. Ademais, não há proibição expressa a que os Estados-membros adotem a figura da Medida Provisória, sendo certo que a CR/88, no §1º do art.25, reservou aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por aquele diploma. Segundo entendimento já exarado pelo Supremo Tribunal Federal, quis o Constituinte que as unidades federadas pudessem adotar o modelo do processo legislativo admitido para a União, uma vez que nada está disposto, no ponto, que lhe seja vedado. (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15.ed.rev., atual. E ampl. - São Paulo:Saraiva, 2011. Pg.538 e 539, nota de rodapé nº 86.)

Comentário 2

Quando de sua publicação, a Medida Provisória suspende a eficácia das demais normas que sejam com ela incompatíveis, conforme interpretação dada ao §3º do art.62 da CR/88. A análise de validade da norma pretérita, que pode levar ou não à revogação, será feita quando, e se, a Medida Provisória for posteriormente convertida em lei.

Comentário 3

Marcelo Novelino esclarece que "caso ocorra a revogação da norma impugnada de uma medida provisória objeto de ADI, a ação ficará suspensa até que o Congresso Nacional aprove ou rejeite a medida provisória revogadora: se aprovada, a ADI restará prejudicada pela perda do objeto, devendo ser extinta sem julgamento do mérito; se rejeitada, a ação prosseguirá. A conversão da medida provisória em lei não lhe confere imunidade e nem convalida os seus vícios originários. Caso haja alteração substancial do conteúdo impugnado, a ADI ficará prejudicada, em razão da perda do objeto. Na hipótese de conversão sem alteração do ponto questionado, a ADI não ficará prejudicada; entretanto, deverá ser feito o aditamento da inicial com a substituição da medida provisória pela lei de conversão." (Novelino, Marcelo. Manual de direito constitucional - 9. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Título VI, item 36.5.3.9).

4.1. PROVAS PRELIMINARES

(XXXIII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2014) Questão 6 - Direito Eleitoral - Candidato a vereador não eleito em Município de Comarca de juízo único, "José da Padaria", teve a sua prestação de contas de campanha eleitoral julgada como não prestada, por decisão definitiva, eis que, embora apresentada tempestivamente, não foi instruída com os documentos exigidos pela legislação eleitoral.

Nas eleições municipais subsequentes, José renovou sua candidatura ao cargo de vereador, protocolando regularmente o seu pedido de registro perante a Justiça Eleitoral. Após notificação nos autos do requerimento de registro de candidatura para esclarecer a ausência de quitação eleitoral, José reapresentou as contas pretéritas, desta feita, de maneira adequada. As contas foram rejeitadas e o registro de candidatura indeferido com fundamento na referida rejeição.

Inconformado, José opôs embargos de declaração com efeitos infringentes contra a sentença que indeferiu seu pedido de registro de candidatura, aduzindo que a sentença que rejeitou a segunda prestação de contas de campanha não gera ausência de quitação eleitoral e ainda não transitou em julgado.

Comente, de forma fundamentada, a decisão judicial que indeferiu o pedido de registro de candidatura para a segunda eleição municipal. Resposta objetivamente fundamentada.

Autora: Bárbara Nascimento

Sugestão de resposta

De fato, o que gera ausência de quitação eleitoral com relação às contas de campanha é o fato de elas não terem sido prestadas. Ou seja, no caso, José tem razão ao afirmar que a rejeição das contas de campanha não impede a quitação eleitoral. Contudo, segundo entendimento do TSE, o momento de se avaliar a quitação eleitoral é o do pedido do registro. Assim, no momento de tal pedido, a situação de José era de contas não prestadas, o que impede a quitação eleitoral e o registro, contudo com fundamento diverso do usado na sentença (ou seja, deveria ter se valido do art. 11, §7°, c/c art. 11, §10°, da Lei 9.504/07).

(XXXII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2011) *Questão 6 - Direito Eleitoral - JoãoPipoqueiro e Alfredo da Farmácia foram eleitos para o cargo de vereador do Município de Petrolândia pelo Partido Democrata de Deus (PDD), integrante da coligação Unidos Venceremos (UV), composta por aquele, pelo Partido Rural Cristão (PRC) e pelo Partido Trabalhista Republicano (PTR). Na referida eleição, foram eleitos também Paulinho da Funerária, filiado ao PRC, Professora Carla, filiada ao PDD, e Jorge da Funilaria, também filiado ao PDD, como 1º, 2º e 3º suplentes, respectivamente. Após dois anos de mandato, João Pipoqueiro se desfiliou de seu partido, motivando expressamente sua decisão na intenção de se filiar ao PTR, o que se verificou imediatamente após deixar o PDD. Já Alfredo da Farmácia optou por desfiliar-se do PDD em razão da alteração de suas convicções políticas pessoais, passando a integrar o Partido da Libertação Brasileira (PLB). Diante dos fatos noticiados, responda, fundamentadamente, à luz do ordenamento vigente e do atual posicionamento jurisprudencial acerca da ordem de suplência a ser seguida na vacância de mandatos eletivos:*

a) Os vereadores João Pipoqueiro e Alfredo da Farmácia manter-se-ão nos cargos respectivos após as trocas partidárias noticiadas?

b) Em caso de resposta negativa ao item anterior, quem ocupará a(s) vaga(s) deixada pelo(s) originariamente eleito(s)?

c) De posse das informações consignadas no enunciado da presente questão, como o Promotor Eleitoral deverá proceder?

Autor: Lucas Bernardes

Sugestão de resposta

a) Ambos os vereadores perderão seus cargos por infidelidade partidária, pois trocaram de partido político, no curso do mandato, sem que houvesse justa causa para a desfiliação partidária (art.1°, § 1°, da Resolução 22.610/07). b) As vagas dos vereadores serão ocupadas pelo primeiro e segundo suplentes da coligação partidária, no caso Paulinho da Funerária e Professora Carla. Isso porque, o STF decidiu, no julgamento dos MS 30260 e 30272, que "deverá ser empossado no cargo eletivo o candidato mais votado na lista da coligação, e não do partido que pertence o parlamentar afastado". c) O Promotor de Justiça Eleitoral deverá oficiar ao Procurador Regional Eleitoral informando à ocorrência de infidelidade partidária para que este ajuíze à ação de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, cuja competência para apreciação é do TRE (art.1° § 2° c/c art.2° da Resolução 22.610/2007).

Comentário

Inicialmente cabe ao partido político interessado requerer, perante o TRE, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa, no prazo de 30 dias, contados da desfiliação (art.1° § 2° da Resolução 22.610/07). Se neste

prazo o partido político interessado não efetuar o pedido, o Ministério Público Eleitoral (MPE) deverá ajuizar a ação de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária nos 30 dias subsequentes ao encerramento do prazo para o partido político fazê-lo (legitimidade subsidiária do MPE). Como a competência para apreciar a ação é do TRE caberá ao Procurador Regional Eleitoral (PRE) o ajuizamento desta, pois o PRE atua com exclusividade perante o TRE (art.77 da LC 75/93).

(XXXI Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2009) *Questão 6 - Direito Eleitoral - Candidato ao cargo de Vereador utiliza-se de sua condição de Secretário Municipal de Saúde para forçar os servidores daquela secretaria a colaborarem em sua campanha eleitoral, vindo a ser eleito. Existe prazo decadencial legalmente previsto para propositura de ação de impugnação ao registro, nesta hipótese? Que outros meios teria o Promotor de Justiça para coibir a perpetuação desta ilegalidade? RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.*

Autora: Vanessa Gonzalez

Sugestão de resposta

No presente caso, o Promotor Eleitoral deverá ajuizar Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC), no prazo decadencial de 5 dias (art. 3º, caput da LC 64/90), a contar da publicação dos pedidos de registro, sob pena de preclusão, salvo nos casos de matéria constitucional.No caso específico analisado, a conduta do agente público, candidato a vereador, enquadra-se também em outras duas hipóteses vedadas pela Legislação Eleitoral: abuso de poder político e conduta vedada aos agentes públicos em campanha eleitoral.Em razão disso, o membro do Parquet poderá ajuizar Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), com fundamento no art. 22 da Lei Complementar 64/1990, bem como representação por conduta vedada do art. 73, inciso III da Lei 9.504/1997.

Comentários

A AIRC é a ação eleitoral cabível quando se pretende o indeferimento do pedido de registro de candidato, em razão da ausência de condição de elegibilidade, a incidência de causa de inelegibilidade e o não preenchimento de condição de registrabilidade.

Note-se que o prazo decadencial para ajuizamento da AIRC tem início a partir da publicação do pedido de registro de candidatura na imprensa oficial ou na sede do órgão jurisdicional, visto que nesses casos não há previsão de intimação pessoal para o Promotor Eleitoral. A despeito da controvérsia existente, essa é o entendimento atualmente aceito pela Justiça Eleitoral e deve ser seguido pelo Promotor Eleitoral, a fim de evitar a perda do prazo.

A partir do julgamento da representação prevista no art. 73, inciso III da Lei 9.504/1997 poderá haver a cassação do registro ou do diploma, bem como aplicação de multa, o que evitará

a perpetuação da ilegalidade, caso o candidato tenha o seu pedido de registro deferido (seja pelo fato de a AIRC ser julgada improcedente, seja pelo não ajuizamento da AIRC no prazo legal).

Do mesmo modo, com o julgamento da AIJE por abuso de poder político será possível a cassação do registro ou do diploma do candidato, sendo desnecessário o ajuizamento de AIME ou de RCED.

Importante ressaltar, ainda, que desde a LC 135/2010 o ato caracterizador de abuso de poder político não precisa ter potencialidade de alterar o resultado da eleição, nos termos do art. 22, inciso VXI da LC 64/1990.

4.2. PROVAS ESPECIALIZADAS

(XXXIII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO ELEITORAL - 2014) *1ª Questão - Caracterizadoato de propaganda eleitoral extemporânea, em ano de eleição para o cargo de Deputado Estadual, responda:*

a) O Promotor de Justiça, investido em função eleitoral em Comarca de juízo único, possui atribuição para notificar o (s) beneficiário(s) da propaganda irregular, visando a sua cessação? E para ajuizar eventual representação?

b) Indique o prazo para ajuizamento da referida representação e o Juízo competente para apreciá-la.

Autora: Bianca Chagas

Sugestão de resposta

a) O gênero propaganda política se subdivide em três espécies, quais sejam: 1) propaganda partidária; 2) propaganda intrapartidária; 3) propaganda eleitoral. A propaganda partidária busca difundir os programas partidários daquele partido (e candidato), divulgando a ideologia partidária. É feita de maneira gratuita na televisão e no rádio nos semestres não-eleitorais e tem previsão na Lei 9.096 de 1995 em seus art.45 e ss. Já a propaganda intrapartidária é feita pelo postulante ao cargo eletivo no âmbito interno de seu partido, na quinzena anterior à escolha pelo partido do seu candidato para as eleições. Nesse tipo de propaganda é vedado o uso dos meios de comunicação como televisão, rádio e outdoor, podendo o postulante ao cargo eletivo pelo partido, no máximo, afixar sua propaganda no local onde será realizada a convenção partidária para escolha de seus candidatos. Está prevista no art.36, parágrafo 1º da Lei 9.504 de 1997. Finalmente, a propaganda eleitoral busca angariar votos do eleitor para que o candidato seja eleito e só é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição (ou seja, começa, de fato, apenas em 6 de julho) e tem previsão legal nos arts.36 a 59-A da Lei 9.504 de 1997.

A propaganda eleitoral quando realizada em período anterior ao dia 6 de julho do ano eleitoral é considerada antecipada ou extemporânea. É até de certa forma comum que pré-candidatos (ou seja, aqueles que ainda não tiveram seus nomes confirmados como candidatos nas convenções partidárias) comecem a pedir votos mesmo antes de 6 de julho, o que pode gerar um desequilíbrio na disputa eleitoral, que visa-se combater. É de salientar-se que a propaganda extemporânea é tida como propaganda irregular, já que não segue os requisitos estipulados nas leis que tratam sobre eleição. O art.36-A da Lei 9.504 de 1997 estabelece o que se considera propaganda irregular.

Deve-se esclarecer que compete ao Ministério Público Federal oficiar junto a Justiça Eleitoral, tendo em vista que esta é um ramo do Poder Judiciário Federal. No entanto, como em nosso país a quantidade de zonas eleitorais é enorme, sendo muito maior do que a quantidade de membros do Ministério Público Federal, ocorre a delegação da atividade eleitoral aos membros dos Ministérios Públicos Estaduais para oficiar junto aos juízes eleitorais de primeira instância.

Cabe aqui fazer uma diferenciação entre o que ocorre nas eleições municipais e nas eleições federal, estadual e distrital. No caso de eleições municipais será o Promotor de Justiça Eleitoral que atuará tanto na fase extraprocessual, emitindo notificações, colhendo elementos de prova para embasarem futura ação eleitoral, dentre outras atividades, como na fase judicial, ajuizando a respectiva ação/representação eleitoral. Isso porque a ação também será proposta junto ao juízo eleitoral de primeira instância (vide art.78 da LC 75/93, art.32,III da Lei 8.625/93, Resolução 30 CNMP e Resolução Conjunta MPRJ/MPE 10/09). No entanto, no caso de eleições federal, estadual e distrital o Promotor de Justiça eleitoral atuará tão somente na fase extraprocessual. Caso este tenha colhido informações no bojo de um procedimento (visando o ajuizamento de futura ação eleitoral), tais informações serão remetidas ao Procurador Regional Eleitoral e somente este terá atribuição para o ajuizamento da ação cabível, eis que a ação, nesse caso, deve ser proposta perante o Tribunal Regional Eleitoral e, os Promotores de Justiça Eleitoral atuam apenas no âmbito da justiça eleitoral de primeira instância.

Ante o exposto, constata-se que no caso ora em análise o Promotor de Justiça investido de função eleitoral tem atribuição para notificar o beneficiário da propaganda irregular, visando sua cessação. No entanto, não tem atribuição para o ajuizamento da representação por propaganda irregular, eis que, trata-se de candidato a Deputado Federal, cuja representação deverá ser endereçada ao Tribunal Regional Eleitoral, nos termos do disposto no art.96,II da Lei 9.504 de 1997.

O Promotor de Justiça eleitoral apenas terá atribuição para a expedição da notificação, mas eventual representação por propaganda irregular é de atribuição do Procurador Regional Eleitoral e será endereçada ao Tribunal Regional Eleitoral respectivo.

b) Como a propaganda extemporânea ou antecipada é aquela realizada antes de 6 de julho do ano eleitoral, a representação por propaganda antecipada deve ocorrer até tal data, eis que, a partir do dia 6 de julho do ano eleitoral a propaganda deixa de ser antecipada. Já o juízo competente para apreciação da representação por propaganda irregular

no caso do candidato ser Deputado Federal será o Tribunal Regional Eleitoral do respectivo Estado, nos termos do que dispõe o art.96, II da Lei 9.504 de 1997.

Comentário

Apesar de não ter sido indagado o conceito de propaganda eleitoral extemporânea é importante que o candidato ao responder a questão faça uma introdução explicando o seu conceito e as espécies de propaganda política existente. Deve-se também fazer uma breve explicação sobre a função eleitoral desempenhada no âmbito do Ministério Público Federal e dos Ministérios Públicos Estaduais.

***(XXXIII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE ELEITORAL - 2014)** 2ª Questão - Caracterizado o abuso de poder político e econômico praticado por candidato ao cargo de Governador, durante a campanha eleitoral, responda:*

a) Qual a ação judicial cabível? Qual o prazo e rito a ser adotado?

b) Esclareça acerca da atribuição do Ministério Público para oferecimento da referida ação e o juízo competente.

c) Qual o bem jurídico tutelado e quais as sanções cabíveis?

d) Indique os integrantes do polo passivo.

Autora: Bianca Chagas

Sugestão de resposta

a) A ação judicial cabível será a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), que, nos termos do art.22 da LC 64 de 1990, tem por escopo apurar o abuso de poder político ou econômico que poderá influir na normalidade do pleito eleitoral, desestabilizando a paridade de armas entre os candidatos. O prazo para o ajuizamento da referida ação, apesar de não estabelecido expressamente pela legislação eleitoral, será o ato da diplomação dos candidatos eleitos, ocasião em que se opera a decadência para o ajuizamento da AIJE. Tal ocorre pois com a diplomação as ações a serem porventura propostas serão a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) ou o Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED). Adota-se o rito previsto no próprio art.22 da LC 64 de 1990 que traz a AIJE.

b) Os legitimados ativos para propositura da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) são o candidato (escolhido já em convenção partidária), o partido político, a coligação partidária e o Ministério Público Eleitoral (art.22, caput da LC 64 de 1990). No caso do Ministério Público Eleitoral tal função compete ao Ministério Público Federal eis que a função eleitoral é uma função federal. No entanto, como em nosso país a quantidade de zonas eleitorais é enorme, sendo muito maior do que a

quantidade de membros do Ministério Público Federal, ocorre a delegação da atividade eleitoral aos membros dos Ministérios Públicos Estaduais para oficiar junto aos juízes eleitorais de primeira instância.

Cabe aqui fazer uma diferenciação entre o que ocorre nas eleições municipais e nas eleições federal, estadual e distrital. No caso de eleições municipais será o Promotor de Justiça Eleitoral que atuará tanto na fase extraprocessual, emitindo notificações, colhendo elementos de prova para embasarem futura ação eleitoral, dentre outras atividades, como na fase judicial, ajuizando a respectiva ação/representação eleitoral. Isso porque a ação também será proposta junto ao juízo eleitoral de primeira instância (vide art.78 da LC 75/93, art.32,III da Lei 8.625/93, Resolução 30 CNMP e Resolução Conjunta MPRJ/MPE 10/09). No entanto, no caso de eleições federal, estadual e distrital o Promotor de Justiça eleitoral atuará tão somente na fase extraprocessual. Caso este tenha colhido informações no bojo de um procedimento (visando o ajuizamento de futura ação eleitoral), tais informações serão remetidas ao Procurador Regional Eleitoral e somente este terá atribuição para o ajuizamento da ação cabível, eis que a ação, nesse caso, deve ser proposta perante o Tribunal Regional Eleitoral e, os Promotores de Justiça Eleitoral atuam apenas no âmbito da justiça eleitoral de primeira instância.

No presente caso como a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) será proposta contra o candidato a Governador, ou seja, trata-se de eleição estadual, a atribuição é do Procurador Regional Eleitoral e a ação deverá ser proposta perante o Corregedor Regional de Justiça Eleitoral, nos termos do que dispõe o art.22, caput e inciso I da LC 64 de 1990.

c) Na Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) o bem jurídico tutelado é a higidez e normalidade do pleito eleitoral que, por vezes, fica em desequilíbrio a favor de um dos candidatos ao proceder ao abuso do poder político ou econômico. Tutela-se também, ainda de que modo reflexo, a moralidade e probidade administrativas.

No âmbito da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) são cabíveis as sanções previstas pelo art.22, inciso XIV da LC 64 de 1990, quais sejam, a inelegibilidade do representado e todos aqueles que concorreram para a prática do ato (lembrando-se que todos devem integrar o polo passivo da demanda) pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que ocorreu o ato, cassação do registro ou diploma de candidato diretamente beneficiado pelo ato, sem prejuízo de eventuais processos disciplinar e ação penal.

d) Devem integrar o polo passivo na Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) o candidato e pessoas físicas que tenham concorrido para a prática do ato de abuso do poder político ou econômico. Saliente-se que as pessoas jurídicas não podem integrar o polo passivo, de acordo com entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), até porque não podem sofrer as sanções cominadas no bojo da AIJE. Em relação ao candidato a vice (nos casos de candidatura de chapa única) havia controvérsia sobre a necessidade de litisconsórcio passivo entre este e o candidato. Em um primeiro momento o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) entendeu não ser necessário tal litisconsórcio. No entanto, tal posição foi alterado e atualmente entende-se ser necessário o litisconsórcio passivo entre candidato e vice pois a decisão proferida no âmbito da AIJE poderá acarretar a perda do mandato, logo é necessária a participação do candidato a vice no bojo da AIJE.

Comentários

a) Para que se possa saber qual a ação cabível inicialmente deve-se verificar qual a finalidade de cada uma das ações eleitorais. Ocorre que, em muitos casos, há mais de uma ação que tem a mesma finalidade. Nestes casos para se saber a ação cabível é necessário averiguar-se qual é o momento que se encontra dentro do período eleitoral. No caso em tela houve abuso do poder político e econômico praticado por um candidato ao cargo de Governador, ou seja, ainda não há notícia de que tenha ocorrido a diplomação deste. Assim sendo, antes da diplomação não são cabíveis a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) ou o Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED), mas apenas a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) com finalidade de apurar abusos de poder político ou econômico.

b) Aqui apesar de a questão indagar sobre a atribuição do Ministério Público é importante que se faça uma breve introdução acerca da legitimidade ativa na Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), elencando-se todos os seus legitimados, para, só então, discorrer especificamente sobre a atribuição do Ministério Público. É importante notar que parte da resposta dada para essa questão também foi dada na questão anterior (letra "a"). Apesar das duas questões fazerem parte da mesma prova (do mesmo concurso) é importante que a cada questão se demonstre o conhecimento de maneira isolada, ou seja, considerando que cada questão será analisada por um examinador diferente. Ao se explicar sobre a atribuição do Ministério Público Eleitoral e relacioná-la ao Ministério Público Federal e Ministérios Públicos Estaduais na questão anterior não se pode deixar de fazê-la nesta questão pois nem sempre será o mesmo examinador a corrigir as questões e, ainda que o seja, o conhecimento deve sempre ser demonstrado de maneira plena em cada questão isoladamente.

c) Sem comentários.

d) Primeiramente deve-se elencar os integrantes do polo passivo da ação. Posteriormente, existindo controvérsia sobre o tema, esta deverá ser apresentada (seja controvérsia doutrinária e/ou jurisprudencial). Caso haja entendimento firmado na jurisprudência é importante que seja citado pelo candidato.

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO ELEITORAL – 2012) *1ª questão -Aderbal Ribeiro, postulando candidatura ao cargo eletivo de Prefeito Municipal nas eleições de 2012, teve seu registro indeferido, porquanto demitido a bem do serviço público em 2006. Da decisão de indeferimento, Aderbal interpôs recurso, alegando a inconstitucionalidade da LC 105/10, com vistas à reforma da decisão, que não poderia ter contemplado fatos anteriores à promulgação daquela, prosseguindo, portanto, na campanha eleitoral.*

Na disputa, um correligionário, com a ciência daquele, estacionou um ônibus em uma comunidade carente, passando ali a prestar atendimento odontológico gratuito e constante, sendo certo que no interior do veículo, em frente à cadeira do paciente, encontrava-se estampada uma foto do candidato Aderbal.

O Partido Moralista do Brasil (PMB) ingressou com ação de investigação judicial eleitoral, pedindo a cassação do registro e do eventual diploma, por abuso de poder econômico. Aderbal sagrou-se vitorioso no pleito, tendo recebido mais da metade dos votos válidos, e o juiz eleitoral acabou por diplomá-lo.

Discorra sobre a matéria, em texto único, abordando os tópicos seguintes:

a) Como deveria atuar o Promotor Eleitoral;

b) Se haveria litispendência entre a AIJE em questão e eventual medida a ser proposta pelo Ministério Público Eleitoral;

c) Caso o TRE mantivesse definitivamente a decisão de indeferimento, qual seria a repercussão no pleito;

d) E se o TRE reformasse a decisão de indeferimento, qual seria a repercussão no pleito;

e) Na hipótese de Aderbal ter sido candidato ao cargo eletivo de vereador, a solução seria idêntica?

RESPOSTA JUSTIFICADA.

Autora: Giselle Grizotti

Sugestão de resposta

Inicialmente, cumpre afirmar que o Promotor Eleitoral desempenha suas funções perante à Justiça Eleitoral de primeira instância, isto é, perante o juízo incumbido do serviço de cada zona eleitoral e perante a Junta Eleitoral.

Acerca do caso concreto, verifica-se que são apresentadas duas problemáticas iniciais, as quais serão explicadas separadamente.

A primeira é a da presença de uma inelegibilidade legal, prevista no art. 1º, inciso "o" da LC 64/90, com a redação dada pela LC 135/2010, qual seja, a demissão do serviço público em 2006, sendo que se deve mencionar aqui que a jurisprudência entende que não viola a Constituição Federal a aplicação das causas de inelegibilidade instituídas pela LC 135/2010 a fatos anteriores a sua vigência (entendimento este que foi assentado no julgamento das ADCs nºs 29 e 30 e na ADI 4.578). Dessa forma, mesmo esta causa de inelegibilidade tendo sido instituída pela LC 135/10, aplica-se ao fato ocorrido em 2006 e, portanto, o candidato é inelegível pelo prazo de 8 anos, contados da decisão que determinou sua demissão do serviço público.

Sobre a presença desta causa de inelegibilidade, observa-se que o candidato teve seu registro indeferido, tendo interposto recurso contra esta decisão. Diante disso, pode-se afirmar que Aderbal é um candidato com registro sub judice, pendente de decisão judicial.

A segunda problemática apresentada é a de que o candidato Aderbal teve ciência de que um correligionário prestou serviço odontológico de forma gratuita e constante a uma comunidade carente, sendo que no próprio ônibus onde o serviço era prestado, havia propaganda expressa do candidato. Tal conduta configura flagrante hipótese de abuso de poder econômico, que ocorre, por exemplo, quando há emprego abusivo de recursos patrimoniais, descumprimento de regras atinentes à arrecadação e ao uso de fundos de campanha, o emprego na campanha de recursos oriundos do "caixa dois" ilicitamente arrecadados, bem como quando há oferta ou doação a eleitores de bens, produtos ou serviços diversos.

Dessa forma, tendo em vista que o candidato Aderbal praticou conduta que configura abuso de poder econômico e foi diplomado, caberia ao Promotor Eleitoral propor a Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo (AIME), prevista no art. 14, parágrafo décimo da CRFB/88, no prazo de 15 dias contados da diplomação.

Nesse diapasão, deve-se registrar que a AIME deve ser proposta quando houver abuso do poder econômico, corrupção ou fraude e sua finalidade, no presente caso, é a de destituir o mandado do eleito, uma vez que obtido com abuso do poder econômico.

Em sendo proposta a AIME pelo promotor eleitoral, deve-se observar que não haveria litispendência entre a AIJE proposta pelo Partido Moralista Brasileiro e a demanda ajuízada pelo Ministério Público Eleitoral. E isso porque, de acordo com o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, não existe litispendência entre a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo (AIME) e Recurso contra a expedição de diploma (RCED ou RCD), uma vez que estas demandas são instrumentos processuais autônomos com causas de pedir próprias.

Além disso, no caso, observa-se que a AIJE foi proposta por partido político, que é um colegitimidado para esta ação e qualquer eventual medida a ser proposta pelo Ministério Público Eleitoral seria viável, já que o Parquet é parte diferente e tem legitimidade para propor ação eleitoral, no caso de estarem preenchidos os requisitos para a demanda processual própria.

Sobre a decisão de indeferimento do registro, caso o TRE a mantivesse, a repercussão no pleito seria de que os votos obtidos pelo candidato em questão não seriam mais considerados válidos, para efeito algum. Tal indagação, saliente-se, está atrelada à questão do candidato com registro sub judice, que é aquele candidato que tem o registro indeferido e recorre da decisão de indeferimento, estando, portanto, sub judice. Nessa situação, o art. 16-A da Lei 9.504/97 prevê que este candidato com registro sub judice pode efetuar todos os ato relativos à campanha eleitoral, ficando a validade dos votos a ele atribuídos, contudo, condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. Dessa forma, o cômputo dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja sub judice no dia da eleição dependerá do deferimento do registro do candidato. Assim, caso a decisão de indeferimento do registro seja mantida, os votos por ele obtidos não serão mais considerados válidos.

Se o TRE reformasse a decisão de indeferimento, o candidato passaria a ter o registro deferido. Dessa forma, os votos obtidos pelo candidato seriam considerados

válidos. Saliente-se, contudo, que da decisão do TRE dando provimento ao recurso de Aderbal e deferindo o registro da candidatura, seria cabível recurso para o TSE.

Na hipótese de Aderbal ser candidato ao cargo eletivo de vereador, o sistema eleitoral a ser adotado é o proporcional, e não o majoritário. No caso do sistema proporcional, caso a decisão de indeferimento do registro seja mantida, não se computam para a legenda os votos dados ao candidato com o registro indeferido à data da eleição, ainda que a decisão no processo de registro só transite em julgado após o pleito. Contudo, nos termos do art. 16-A, parágrafo único da Lei 9.504/97, caso o TRE reformasse a decisão de indeferimento e deferisse o registro, os votos atribuídos ao candidato com registro sub judice seriam computados para o candidato e para o respectivo partido ou coligação.

Comentários

Sobre os assuntos que foram abordados, seguem as decisões do TSE: 1) "[...] Ação de impugnação de mandato eletivo. Alegação. Litispendência. Ações de investigação judicial eleitoral. Não-configuração. [...] Violação. Arts. 267, V, e 301, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil. Não-caracterização. [...] 1. Não há litispendência entre ação de impugnação de mandato eletivo e investigação judicial eleitoral, uma vez que tais ações têm fundamentos próprios, bem como possuem objetivos diversos: enquanto a Aime visa a cassação do mandato eletivo, a Aije busca a declaração de inelegibilidade dos investigados e/ou a cassação do registro do candidato beneficiado. [...]" (Ac. de 6.3.2007 no AgRgREspe no 26.314, rel. Min. Caputo Bastos.); 2) "Registro de candidatura. Eleição proporcional. Cômputo dos votos. 1. Conforme jurisprudência consolidada nesta Corte superior, não se computam para a legenda os votos dados ao candidato com o registro indeferido à data da eleição, ainda que a decisão no processo de registro só transite em julgado após o pleito. 2. Somente poderão ser computados os votos para a legenda quando o indeferimento do registro sobrevém à eleição, e, não, quando a antecede, independentemente do momento do trânsito em julgado. [...]" NE: Trecho do voto do relator: "Observo que, como apontado na decisão agravada, não tendo o candidato, no momento do pleito, decisão deferitória de seu registro, não há como computar os votos para a legenda, com base no § 4º do art. 175 do Código Eleitoral. Os votos, portanto, são nulos de pleno direito, nos termos do § 3º da referida disposição legal, orientação, inclusive, adotada pelo Tribunal nas eleições de 2004 [...]" (Ac. de 22.11.2007 no AgRgREspe nº 28.070, rel. Min. Arnaldo Versiani.); 3) "Eleições 2012. Registro. Prefeito. Indeferimento. Condenação criminal. Inelegibilidade. Art. 1º, inciso I, alínea e, item 2, da LC nº 64/90. Incidência. 1. No julgamento das ADCs nos 29 e 30 e da ADI no 4.578, o STF assentou que a aplicação das causas de inelegibilidade instituídas ou alteradas pela LC nº 135/2010 a fatos anteriores à sua vigência não viola a Constituição Federal. 2. Por ter sido o agravante condenado, por decisão colegiada, pela prática de crime contra o patrimônio privado e contra a ordem tributária, ele está inelegível desde a condenação até o transcurso de oito anos após o cumprimento da pena, nos termos do art. 1º, I, e, 2, da LC nº 64/90. [...]" (Ac. de 14.2.2013 no AgR-REspe. nº. 9677, rel. Min. Henrique Neves.)

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO ELEITORAL – 2012) *2ª questão – OPromotor Eleitoral possui atribuição para atuar com Procuradores Regionais Eleitorais, em auxílio? Justifique, indicando também os princípios aplicáveis à hipótese. RESPOSTA JUSTIFICADA.*

Autora: Giselle Grizotti

Sugestão de resposta

O Ministério Público Eleitoral fundamenta-se, basicamente, em dois princípios institucionais, que são os Princípios da federalização e da delegação.

Pelo Princípio da federalização, compete ao Ministério Público Federal, em regra, a atribuição de oficiar perante à Justiça Eleitoral, considerando que a Justiça Eleitoral é um ramo especializado do Poder Judiciário Federal.

Ocorre que como a quantidade de zonas eleitorais é muito maior que a quantidade de membros do Ministério Público Federal, é impossível que haja o pleno cumprimento do princípio da federalização, com o exercício de todas as funções e atribuições eleitorais pelo Ministério Público Federal.

Diante disso, a LC 75/93 delega aos membros do Ministério Público dos Estados a atribuição de oficiar junto aos juízos eleitorais de primeira instância. Dessa forma, cabe ao promotor eleitoral desempenhar suas funções perante os juízos eleitorais e perante às juntas eleitorais. Este é o princípio da delegação, que excepciona o princípio da federalização.

Portanto, cabe ao Ministério Público Federal e aos Ministérios Públicos dos Estados o exercício das atribuições do Ministério Público Eleitoral.

Acerca do questionamento apresentado - se o promotor eleitoral possui atribuição para auxiliar os Procuradores Regionais Eleitorais (PREs) -, pode-se afirmar que a resposta a tal indagação é positiva, sendo possível que os promotores eleitorais auxiliem o PRE em suas atribuições, com fulcro nos princípios da federalização e da delegação.

Assim, pode-se dizer que em eleições estaduais e federais, cuja atribuição para propor eventual ação eleitoral é do PRE, caberá aos Promotores Eleitorais fiscalizar a campanha dos candidatos e as eleições nas respectivas Zonas Eleitorais, investigar e apurar a prática de ilícitos eleitorais nas respectivas Zonas Eleitorais, praticar atos nas respectivas Zonas Eleitorais por delegação do Procurador Regional Eleitoral ou dos Procuradores Regionais Eleitorais Auxiliares, representar aos Juízes Eleitorais para o exercício do Poder de Polícia e adotar as medidas cabíveis para a prevenção e repressão dos crimes eleitorais.

Registre-se, ainda, por fim, que de acordo com o art. 10, IX, h, da Lei nº 8.625/93, é atribuição do Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para oficiar perante os Juízes e Juntas Eleitorais ou junto ao Procurador Regional Eleitoral, em havendo solicitação deste. De acordo com este preceito, portanto, é possível que existam duas possibilidades distintas para as designações: o exercício da função

eleitoral perante os órgãos jurisdicionais e o auxílio ao Procurador Regional Eleitoral. Nesse último caso, a designação estará sujeita à disponibilidade de pessoal do Ministério Público Estadual, não sendo demais lembrar que por solicitação não se deve entender um comando cogente, sendo ela passível de valoração, do que poderá resultar o deferimento ou não do postulado.

***(XXXI CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO ELEITORAL – 2009)** 1ª Questão – Quais as exceções à regra do efeito devolutivo dos recursos eleitorais? RESPOSTA JUSTIFICADA.*

Autor: Rafael Schinner

Sugestão de resposta

Ao contrário do que ocorre no Processo Civil, em que os recursos são dotados, em regra, de efeito devolutivo e suspensivo (art. 520 do Código de Processo Civil de 1973), os recursos eleitorais, regra geral, apenas são providos de efeito devolutivo. É isso o que se extrai da leitura da cabeça do art. 257 do Código Eleitoral (CE).

As decisões judiciais proferidas pela Justiça Eleitoral produzem, portanto, efeitos imediatamente, ainda que algum recurso haja sido interposto. Esta regra é fundamental para que se dê vazão à especial celeridade característica do processo eleitoral. Por certo, a curta duração do processo eleitoral, que se inicia com as convenções partidárias e se encerra com a diplomação, exige que os prazos processuais sejam exíguos e que as decisões judiciais sejam prontamente eficazes. Caso contrário, frustrar-se-iam os objetivos do sistema, em prejuízo para a própria instrumentalização da participação política e para a consagração do exercício do poder de sufrágio popular.

A literalidade do art. 257 do CE leva a crer que nenhum recurso eleitoral terá efeito suspensivo. Entretanto, algumas exceções podem ser apontadas.

De início, impende destacar que o Código Eleitoral (Lei 4.737/65) tem status de lei. Lei que é, não vincula o próprio legislador, que está livre para inovar no ordenamento, podendo criar, assim, hipóteses de recursos eleitorais com efeito suspensivo. Dessa sorte, a atribuição de efeito suspensivo a recurso eleitoral é tema de política legislativa. Nada obsta, portanto, que novas exceções sejam criadas, desde que pela via de lei.

Uma das exceções mencionadas por parcela da doutrina estaria prevista no próprio Código Eleitoral e se trataria do Recurso Contra a Expedição de Diploma (RCED), pois, enquanto não julgado o RCED, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude, preservando-se a vontade "soberana" do eleitorado (art. 216 c/c art. 262 do CE). Tais dispositivos normativos devem ser lidos em sintonia com o art. 15 da LC 64/1990, cuja redação foi alterada, substancialmente, pela LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Antes da alteração legislativa, apenas a decisão judicial transitada em julgado, em sede de RCED, daria azo à cassação do diploma. Dessa sorte, até que decidido, definitivamente, o

RCED, o candidato diplomado poderia exercer livremente seu mandato. Após a LC 135/2010, no entanto, o trânsito em julgado não mais é necessário, pois se passou a prever que será negado, ou cancelado, o registro, ou declarado nulo o diploma, desde que publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, o que se convencionou denominar de efeito suspensivo automático. Agora, portanto, o RECD deverá ser recebido no efeito suspensivo até que decisão transitada em julgado ou decisão colegiada, ainda que não definitiva, declare a inelegibilidade. É de se ressaltar, todavia, que o RCED não pode ser, tecnicamente, considerado verdadeira exceção à regra da devolutividade recursal, pois, conforme posição doutrinária e jurisprudencial majoritária, quiçá uníssona, tal instrumento possui natureza jurídica de ação autônoma, e não de recurso. Afinal, o ato de diplomação dos eleitos é ato de administração eleitoral, e não de jurisdição. O RECD veicula, dessa sorte, verdadeira demanda nova, cujo pedido consiste em desconstituir o ato administrativo de diplomação.

A segunda exceção à regra da devolutividade dos recursos eleitorais está prevista no art. 26-C, incluído pela LC 135/2010 no corpo da LC 64/1990. Dito dispositivo autoriza o órgão colegiado do tribunal a conceder de efeito suspensivo em recurso tirado contra as decisões colegiadas mencionadas nas alíneas "d", "e", "h", "j", "l" e "n" do inciso I do art. 1° da LC 64/1990. Neste caso, o efeito suspensivo será atribuído, conforme prevê o próprio dispositivo em comento, em caráter cautelar, exigindo-se que se verifique a plausibilidade da pretensão recursal (fumus boni iuris). Embora a lei nada diga expressamente, é defensável que, ao lado do fumus boni iuris, também seja exigida a presença do periculum in mora, requisito este comum à ideia de cautelaridade, tal qual dispõe o art. 798 do CPC, que prevê o denominado poder geral de cautela. Além disso, deve-se observar que este efeito suspensivo nunca poderá ser concedido monocraticamente, conforme se infere da leitura da parte inicial da cabeça do art. 26-C, que exige decisão proferida por órgão colegiado. Para harmonizar a concessão do efeito suspensivo, nesta hipótese do art. 26-C, com a peculiar celeridade que marca o processo eleitoral, o julgamento do recurso a que tenha sido atribuído o "duplo efeito" preferirá a todas as demais demandas, à exceção do julgamento das ações de Mandado de Segurança e habeas corpus (§2° do art. 26-C). Além disso, o efeito suspensivo poderá ser revogado a qualquer tempo, bastando, para tanto, que se verifique a prática de atos protelatórios por parte da defesa (§3° do art. 26-C). Deve-se consignar que sua concessão depende de provocação do recorrente, pois a lei exige que esta "providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso" (art. 26-C, caput). Ao fazer tal exigência, a lei afasta a possibilidade de o Ministério Público postular, na qualidade de custos legis não recorrente, a concessão do efeito suspensivo. Deve-se ponderar que a concessão cautelar de efeito suspensivo já era admitida no TSE, mesmo antes da LC 135/2010, desde que requerida pela via de ação cautelar autônoma, sistemática essa já conhecida pelas cortes superiores quando do processamento de recursos extraordinários. Embora tecnicamente possível, apenas em excepcionais situações, que exigiram extremo esforço argumentativo e probatório, o TSE concedeu efeito suspensivo pela via da ação autônoma.

A terceira exceção à regra do efeito devolutivo dos recursos eleitorais consta do art. 16-A, da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, introduzido pela Lei 12.034, de 29 de setembro de 2009. De acordo com este dispositivo, o candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral e terá seu nome mantido na urna eletrônica, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. Este dispositivo adotou, expressamente, a denominada "teoria da conta e risco". De acordo com esta "teoria", o candidato cujo registro esteja sub judice tem ciência de que o resultado da demanda judicial pode não lhe ser favorável. Deve o candidato, portanto, ponderar os riscos da demanda, assumindo que todo seu esforço durante a campanha poderá revelar-se inútil caso o indeferimento de seu registro seja confirmado por decisão irrecorrível. Até lá, poderá praticar todos os atos de campanha, por "sua conta e risco". Desse modo, a teoria da conta e risco, positivada no art. 16-A da Lei 9.504/1997, implica na atribuição automática de efeito suspensivo ao recurso interposto contra decisão de indeferimento do pedido de registro de candidatura. Embora expressamente positivada pela Lei 12.039/2009, tal teoria já vinha sendo adotada pelo TSE ao interpretar o art. 15 da LC 64/90, em sua redação original. É de se consignar que o cômputo dos votos, para o partido ou coligação, atribuídos ao candidato cujo registro esteja sub judice, fica condicionado ao deferimento do registro do candidato, o que se convencionou denominar de "teoria dos votos engavetados" (parágrafo único do art. 16-A da Lei 9.504/1997).

A propósito, a Lei 12.034/2009 trouxe à baila mais duas exceções à regra do efeito devolutivo dos recursos eleitorais. Decerto, dita lei incluiu o §4° no art. 37 da Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos). Tal dispositivo prevê que o recurso contra a decisão que desaprovar, total ou parcialmente, a prestação de contas dos órgãos partidários será recebido, seja pelo TRE, seja pelo TSE, no "duplo efeito", de modo que estarão presentes ambos os efeitos recursais devolutivo e suspensivo. Esta seria, portanto, uma quarta exceção à regra em comento.

Além desta exceção, a Lei 12.034/2009 trouxe outra, agora inserida no §5° no art. 45 da Lei dos Partidos Políticos. Tal norma prevê que será recebido com efeito suspensivo o recurso contra a decisão que jugar procedente o pedido veiculado em representação por ilicitude cometida em propaganda partidária. A decisão de procedência desta representação "cassa", nos termos da lei, o direito de transmissão de propaganda partidária. Acaso interponha recurso, poderá o partido veicular, livremente, sua propaganda, até que venha a decisão definitiva. Cuida-se de exceção que homenageia o pluralismo político (art. 1°, V, da CRFB/88), o pluripartidarismo (art. 17, cabeça, da CRFB/88) e a liberdade de expressão (art. 5°, IV, da CRFB/88). Tem-se, aqui, a quinta exceção.

Uma sexta exceção comporta os recursos ao Tribunal Regional Eleitoral dasafiados por condenações criminais eleitorais, conforme se extrai da leitura dos artigos 362 e 363 do Código Eleitoral. O art. 363 do CE prevê que, se a decisão do Tribunal Regional Eleitoral for condenatória, os autos serão baixados à instância inferior para execução de sentença. Entretanto, em se tratando de execução de sentença criminal, dita regra deve ser interpretada à luz do princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade, na dicção do art. 5°, LVII, da CRFB/88). Preceitua a Constituição da República que

ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ora, a decisão proferida por TRE é recorrível, não podendo haver punição antes do trânsito em julgado. Logo, caso tenha sido interposto recurso contra decisão condenatória proferida pelo TRE, tal recurso deverá ser recebido no efeito suspensivo, havendo, aqui, mais uma exceção ao disposto no art. 257 do CE.

São essas, em suma, as exceções à regra do efeito devolutivo dos recursos eleitorais. Foram citadas seis exceções. No entanto, conforme apontado, uma delas (o RCED) não consubstancia, propriamente, exceção, pois não se trata de recurso eleitoral, porém ação eleitoral autônoma.

Comentários

Os candidatos, ao se depararem com este enunciado, poderão manifestar duas reações distintas.

Poderão entender, de pronto, que o enunciado faz referência à regra geral por que os recursos eleitorais são providos apenas de efeito devolutivo ("Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo", conforme o art. 257, caput, do Código Eleitoral). Logo, concluirão que a questão indaga hipóteses em que o recurso eleitoral seja dotado de efeito devolutivo e suspensivo, fenômeno que certa doutrina processual denomina de "duplo efeito" (o que é criticável, pois os recursos possuem diversos outros efeitos, tais como o obstativo, o substitutivo, o expansivo, o regressivo, dentre outros). Este candidato não terá qualquer problema para resolver a questão, desde que, naturalmente, conheça as exceções a que o enunciado se refere.

Um segundo grupo pensará que a questão provoca o candidato a realmente procurar exceções ao efeito devolutivo dos recursos, id est, a apontar situações em que os recursos eleitorais não possuiriam efeito devolutivo, ou não o possuiriam em sua integralidade. Aqui, a situação fica complicada, pois, por mais que a resposta apresentada pelo candidato seja engenhosa, por mais que desafie a doutrina com brilhantes considerações e citações de interessantes hipóteses que supostamente excepcionariam a regra, ainda assim dificilmente lograria obter nota que lhe permita concorrer nas próximas fases. Afinal, aprendemos que todos os recursos possuem efeito devolutivo, havendo alguma divergência doutrinária a respeito dos embargos de declaração e certa pacificidade a respeito do efeito translativo (efeito devolutivo na vertical) dos recursos extraordinários. Para parcela significativa doutrina, a dessemelhança entre o órgão a quo e o órgão ad quem seria pressuposto da devolutividade, o que não ocorreria, nunca, nos embargos de declaração (por todos, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 156.). Quanto aos recursos extraordinários, dentre os quais se inclui o Recurso Especial Eleitoral, seu efeito devolutivo seria restrito ou mitigado por conta do pré-requisito do prequestionamento. Por certo, ainda que determinada matéria tenha sido ventilada no processo, apenas será admitida a interposição de recurso extraordinário lato sensu se a decisão desafiada houver debatido o tema in iudicium deducta. A isso doutrina e jurisprudência chamam de efeito devolutivo restrito ou mitigado, por conta do corte que o não cumprimento do requisito do prequestionamento acarreta na profundidade da matéria devolvida (vide, no âmbito

do Tribunal Superior Eleitoral, o Acórdão proferido no Agravo Regimental na Ação Cautelar 1932-68.2010.6.00.0000, publicado no DJe de 1 de outubro de 2010).

Vejam que a questão parte da premissa de que a regra, em Direito Eleitoral, é a de que os recursos possuem "apenas" o efeito devolutivo, sendo desprovidos de efeito suspensivo (art. 257, caput, CE). Para respondê-la, o candidato deve elencar as situações excepcionais em que os recursos eleitorais possuem, portanto, efeito devolutivo e suspensivo. A prova é de Direito Eleitoral, embora atraia discussão de índole processual. A comunicação entre as disciplinas é inegável, sendo certo que há quem defenda a existência de um autônomo Direito Processual Eleitoral (Landim, Francisco. Direito Processual Eleitoral ou Direitos Processuais Eleitorais? - As leituras críticas da locução processo eleitoral, p. 11. Revista Eleições & Cidadania, Ano 2, no 2, jan./dez. 2010, p. 35.). Ainda assim, o candidato deve ter foco, sobretudo aquele que aprecia a Teoria Geral do Processo e é inclinado, por isso, a processualizar as discussões. Profundas elucubrações a respeito da natureza jurídica do direito de recorrer ou do recurso em si, ou a respeito dos diversos efeitos recursais não são bem-vindas aqui. Levantar tais discussões apenas se recomenda ao candidato que consiga, no bojo de um debate de matéria eleitoral, apontar algumas implicações processuais.

Há alguns pontos de extrema relevância a ressaltar.

A prova em questão foi aplicada ainda no fim do ano de 2009, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), mas após a entrada em vigor da Lei 12.034, de 29 de setembro de 2009. A resposta, à época, não comportaria as exceções trazidas pela LC 135/2010, contudo, estaria sujeita às inovações advindas da Lei 12.034/2009.

A Lei 12.034/2009 incluiu o art. 16-A no corpo da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, trazendo uma nova hipótese de suspensão dos efeitos da decisão, em havendo interposição de recurso eleitoral. Positivou a denominada "teoria da conta e risco", conforme leciona Pedro Lenza (Direito Constitucional Esquematizado. 15ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 301-302). Nada obstante, tal teoria já havia sido admitida, ao lado da teoria "dos votos engavetados", pelo TSE, com base na redação original do art. 15 da Lei Complementar 64/1990 (MS nº 3.100/MA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 7.2.2003). A seu turno, a LC 135/2010 provocou uma alteração no art. 15 da Lei Complementar 64/1990 (Lei das Inelegibilidades), e, consequentemente, acarretou consequências a uma das exceções à regra do efeito devolutivo dos recursos eleitorais, exceção esta que deve ser conjugada com os artigos 216 e 262 do Código Eleitoral. Estas consequências estão descritas no corpo da resposta. Ademais, a LC 135/2010 introduziu, na LC 64/1990, o art. 26-C, que trouxe à baila mais uma exceção à regra do efeito devolutivo dos recursos eleitorais.

Além desta inovação, a Lei 12.034/2009 também incluiu o §4º no art. 37 e o §5º no art. 45, ambos da Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e ambos veiculando novas exceções à regra do efeito devolutivo dos recursos eleitorais.

Estas são as novidades legislativas que alteraram, cada uma a seu modo, a matéria. Para que a resposta soe atual, foi redigida com base da legislação hoje em vigor, incluindo, dentre as exceções, aquela trazida pela LC 135/2010.

Importa aqui consignar que a "Lei da Ficha Limpa" (LC 135/2010) quebrou, como é cediço, um verdadeiro tabu de nossa cultura jurídica, pois permite que indivíduos processados, e cuja situação ainda esteja indefinida, sofram consequências no planto político-eleitoral, inclusive com a cassação do diploma. Tal inovação não é de todo desconhecida de nosso direito objetivo. Antes da Lei da Ficha Limpa, a Lei Complementar 5, de 5 de abril de 1970, previa, na alínea "n" do inciso I de seu art. 1º, a inelegibilidade para sujeitos denunciados por certos crimes, exigindo, para efeito de inelegibilidade, o mero recebimento da denúncia. Dita lei foi elaborada durante a ditadura militar, tendo sido promulgada no governo Médici. Esta exceção foi utilizada pelos governos militares para a perseguição de opositores políticos em casos que são citados, hoje, como exemplos de violência jurídica levada a cabo pela ditadura e chancelada pelo Tribunal Superior Eleitoral. É o que ocorreu, por exemplo, com o deputado Sebastião Paes de Almeida (RESPE 2.869/MG) e com o Marechal Henrique Teixeira Lott (AG 2.879/RJ), candidatos indicados por Juscelino Kubitschek aos governos, respectivamente, de Minas e da Guanabara, conforme leciona Hermano Martins Domingues, em seu artigo intitulado Direitos humanos, Ficha Limpa e Jurisdição Constitucional - O entendimento do Supremo Tribunal Federal 25 anos depois da Constituição Cidadã (Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ Belo Horizonte, ano 11, n. 13, jan. / jun. 2013, p. 230, nota de rodapé no 6). O TSE entendeu, inicialmente, constitucional a regra ali prevista, muito embora a posição majoritária encontrasse notáveis resistências, como se dessume do famoso voto vencido proferido pelo Ministro Xavier de Albuquerque, no bojo do Recurso Ordinário 4.189/ RJ (BEL - Boletim Eleitoral, Volume 279, Tomo 1, Página 558). Tal entendimento viria a ser revisto quando do julgamento do RESPE 4.221/RS, em que se sagrou, enfim, vencedor o entendimento do então Relator Ministro Xavier de Albuquerque (TSE, Pleno, rel. Min. Xavier de Albuquerque, 15.10.1974.).

A exceção já causava, naturalmente, certo estranhamento, pois ia de encontro ao disposto no art. 11, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), e no art. 8º, nº 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. O tema, assim, terminou sendo levado, via Recurso Extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal, que foi provocado a analisar a validade constitucional do dispositivo, em cotejo com os artigos 151, incisos I a IV, e 153, ambos da Constituição de 1969 (ou da Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969, conforme preferem alguns). À época, o STF já havia se posicionado pela validade desta exceção ao princípio da presunção de inocência, saindo-se vencedor o voto do então Relator Min. Thompson Flores (vide Recurso Extraordinário Eleitoral 86.297-SP, j. 17-11-1976, 79:671-715, 1977.). Foi entendido que a norma se coadunava com o princípio da moralidade, previsto no art. 151, IV, da CRFB/1969. Saliente-se que o voto vencedor contou com as importantes resistências dos Ministros Leitão de Abreu, Xavier de Albuquerque, Bilac Pinto e Eloy da Rocha. Ainda assim, precedente foi criado, e esta posição viria a ser retomada décadas após. O rigor da regra, que exigia apenas o recebimento da denúncia para caracterização da inelegibilidade, causava certo constrangimento e veio, por isso, a ser atenuado ainda durante a ditadura militar, quando da entrada em vigor da LC 42, de 1 de fevereiro de 1982 e de sua predecessora Emenda Constitucional 8/1977. Dita lei passou a exigir, para a inelegibilidade, que os candidatos tivessem sido condenados pelos crimes previstos na alínea "n" do inciso I do art. 1º LC 5/1970. O STF foi

levado a reanalisar a matéria, agora com a nova realidade positiva, ao julgar, em 12/11/1982, o Recurso Extraordinário 99.069/BA. Passou-se a exigir condenação definitiva para que houvesse inelegibilidade, saindo vencedor o voto do então Ministro Relator Oscar Dias Corrêa.

Por conta de tais fatores, as exceções ao princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade, na dicção do art. 5º, LVII, da CRFB/1988) acabaram sendo relacionadas, pelo inconsciente coletivo, ao totalitarismo.

A LC 5, de 5 de abril de 1970, viria a ser revogada pela LC 64/1990. O legislador, à época, procurou não repetir a exceção ao princípio do estado de inocência, que era vista, pelos congressistas recém saídos da voraz ditadura militar, como verdadeira regra atentatória aos direitos humanos.

Ainda assim, o STF, ao julgar a ADI 4.578/AC, a ADC 29/DF e a ADC no 30/DF, entendeu constitucional a regra e admitiu como válida a aludida exceção criada.

A partir da "Lei da Ficha Limpa", importantes discussões a respeito de direito intertemporal viriam à baila.

Feito este obter dictum, vamos a comentários sobre o modo de construção da resposta. Não perca tempo! Procure elaborar sua questão iniciando com a identificação do núcleo do problema abordado pelo enunciado e concluindo com uma síntese dos argumentos expostos. Sempre que ler algum enunciado, já vá anotando os dispositivos legais e súmulas aplicáveis e mãos à obra!

***(XXXI CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO ELEITORAL – 2009)** 2ª Questão – Político postula registro de candidatura ao cargo eletivo de vereador. Em certidão trazida aos autos, consta a informação de que o requerente, quando exercia o cargo de diretor de hospital público dois anos antes, teve suas contas rejeitadas. Como deve proceder o Promotor Eleitoral na hipótese?*

Autor: André Morgado

Sugestão de resposta

Em constando, na documentação acostada ao pedido de registro de candidatura, informação de rejeição de contas previamente prestadas pelo requerente na qualidade de diretor de hospital público, deve o Promotor de Justiça com atribuição eleitoral analisar a incidência, ao caso, da hipótese de inelegibilidade descrita no art. 1º, I, g, da LC 64/90.

Por expressa menção legal, é imprescindível à configuração da inelegibilidade do requerente cuidar-se de rejeição de contas derivada de irregularidade insanável, declarada em decisão irrecorrível proferida por órgão competente, não anulada ou suspensa por provimento jurisdicional.

Quanto ao último requisito, de natureza negativa, a interpretação literal da Súmula nº 1, do TSE, leva à compreensão de que a mera propositura de ação objetivando a

anulação da decisão administrativa de rejeição de contas elide a hipótese de inelegibilidade. No entanto, o melhor entendimento é no sentido de que é imprescindível a obtenção de provimento, em sede de tutela antecipada, suspendendo os efeitos da decisão administrativa. De toda forma, o TSE possui o entendimento de que a ação judicial deve ser proposta em prazo razoável, não sendo apta a afastar a inelegibilidade a ação maliciosamente proposta às vésperas da data estabelecida para o registro de candidaturas.

Já o caráter insanável da irregularidade na prestação de contas do requerente deve ser aferido no bojo do julgamento proferido pela Corte de Contas. Em não havendo menção, naquele procedimento, à qualificação da irregularidade como insanável, abre-se a via para a aferição, na ação em trâmite perante a Justiça Eleitoral, da incidência do referido requisito, levando-se em conta a gravidade do dano ao ente público, bem como a prática de ato doloso, dentre outros elementos.

De sua parte, considera-se irrecorrível, para os fins do art. 1°, I, g, da LC 64/90, a decisão preclusa na via administrativa, isto é, sobre a qual se operou o fenômeno da coisa julgada administrativa, ainda que, naturalmente, sujeita a posterior controle jurisdicional. Ainda, a competência da Corte de Contas é aferida em função do ente federativo a que vinculado o hospital público em apreço.

Em sendo verificada a efetiva incidência dos referidos requisitos legais, e considerando não ter transcorrido o quinquênio depurador, cumpre ao Promotor de Justiça propor ação de impugnação de pedido de registro de candidatura do vereador, conforme o art. 3°, da LC 64/90.

A ação em apreço é de competência do juízo eleitoral de primeira instância, porquanto se cuide de postulação de registro de candidatura ao cargo de Vereador (art. 2°, III, da LC 64/90).

Impende salientar que o prazo para a propositura da referida ação, por conta da indispensável celeridade ao procedimento de registro de candidaturas, é contado a partir da publicação do pedido de registro. É que, de acordo com a jurisprudência do TSE, a prerrogativa da intimação pessoal ao membro do Ministério Público não se aplica à aferição do termo inicial do prazo para a propositura da ação, já que, em relação aos demais atos processuais, mesmo aqueles praticados no bojo da ação de impugnação de registro de candidatura (p. ex., interposição de recursos), se aplica a mencionada garantia funcional.

Comentário

A questão, embora de enunciado curto e, aparentemente, de simples resolução, foi elaborada em sede de Prova Específica, sem limitação de linhas para a resposta.

Nesse contexto, cumpria ao candidato dissecar todos os elementos relacionados à questão formulada, analisando-os detidamente, com o fim de demonstrar conhecimento e domínio sobre a matéria, angariando maior pontuação.

A prova em questão foi realizada em 15/11/2009. À época, não vigorava a LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que entrou em vigência em 07/06/2010 e promoveu substancial alteração no dispositivo matriz da resposta (o art. 1º, I, g, da LC nº 64/90).

Se já estivesse em vigor, interessantíssima temática de direito intertemporal seria levantada e a resposta seria absolutamente distinta da sugerida acima.

No ponto, cumpriria ao candidato analisar a aplicação das hipóteses de inelegibilidade, nas condições estabelecidas na LC nº 135/2010, em razão de fatos pretéritos, tese que foi agasalhada pelo STF no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30. Na ocasião, dentre outras discussões atinentes à constitucionalidade do novel diploma, a Corte Suprema assentou a distinção entre os conceitos de "retroatividade" e "retrospectividade" da lei, sendo esta, permitida, ainda que mais gravosa ao postulante do registro de candidatura, vindo a ser aplicada aos pleitos de 2012 e 2014.

DIREITO EMPRESARIAL

5.1. PROVAS PRELIMINARES

(XXXIII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2014) Questão 12 - Direito Empresarial - Nota promissória emitida com base em contrato de alienação fiduciária em garantia pode instruir requerimento de falência?

Autora: Bárbara Nascimento

Sugestão de resposta

A princípio, uma nota promissória não paga na data do vencimento demonstra a impontualidade do devedor, é título executivo e pode instruir requerimento de falência desde que preencha os requisitos do art. 94, I, Lei 11.101/2005. Contudo, quando vinculada a um contrato, mantém as características dele. Portanto, como na alienação fiduciária em garantia o credor possui uma garantia real, a princípio ele não terá interesse de agir no requerimento de falência, devendo executar a garantia para satisfazer seu crédito. Contudo, se a garantia se tornar insuficiente ou se o bem se perder, haverá o interesse de agir no requerimento de falência, sendo ônus do credor provar tal interesse desde o início do processo.

(XXXIII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2014) Questão 13 - Direito Empresarial - A decretação da liquidação extrajudicial de uma instituição financeira tem por efeito o bloqueio dos bens dos seus ex-administradores. Determinado ex-administrador figura como executado em ação cambial proposta por um credor particular. Qual será o efeito do decreto de liquidação em relação à ação cambial em curso?

Autora: Bárbara Nascimento

Sugestão de resposta

Um dos efeitos da decretação da liquidação extrajudicial é a suspensão das execuções em face da instituição financeira (art. 18, a, Lei 6.024/74). O credor desta deve se habilitar na liquidação. A ação cambial possui natureza executiva. No caso sob análise, contudo, ela pode prosseguir porque a dívida é pessoal do administrador. O objetivo da

liquidação extrajudicial é impedir a dilapidação do patrimônio da financeira, mas segundo o STJ os direitos dos credores particulares dos sócios são independentes. Logo, o decreto de liquidação não produz efeitos sobre essa ação cambial em curso, sob pena do credor particular ter seus direitos violados.

***(XXXII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2011)** Questão 12 - Direito Empresarial - Explique as diferenças entre estabelecimento empresarial, patrimônio social, patrimônio líquido e capital social no Direito Societário. RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.*

Autora: Mariana Trino

Sugestão de resposta

Estabelecimento empresarial é o complexo organizado de bens, corpóreos e incorpóreos, reunidos pela vontade e destinados ao exercício da empresa (art. 1.142, CC). Patrimônio social é a totalidade de bens, direitos e obrigações da sociedade, incluindo ativos (bens e direitos) e passivos (deveres). A diferença entre os referidos ativos e passivos é denominada patrimônio líquido. O Patrimônio social não pressupõe, portanto, o fator organização, a ligação funcional com a atividade. Logo, o estabelecimento integra o patrimônio, mas este não se reduz àquele. Capital social é uma cifra contábil, correspondente aos valores que os sócios se obrigaram a transferir à sociedade. Enquanto o patrimônio é real e dinâmico, o capital social é formal e estático, não se alterando no cotidiano da atividade, mas através de modificação contratual/estatutária.

***(XXXII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2011)** Questão 13 - Direito Empresarial - Cabe Mandado de Segurança contra o ato judicial anulatório da arrematação em praça de falência? Explique a resposta.*

Autor: Rafael Schinner

Sugestão de resposta

A anulação ou a declaração de nulidade de arrematação pode ser obtida via ação autônoma ou de ofício. Em qualquer hipótese, o ato judicial, seja interlocutório, seja sentença, desafia agravo de instrumento (art. 522 do CPC) ou apelação (art. 522 do CPC), ambos recursos dotados de efeito suspensivo (ope legis na apelação e ope judicis no caso do AI, ex vi do art. 527, III c/c 588, CPC). A impetração de MS nestas situações é vedada (art. 5º, II, da Lei 12.016/2009 e Súmula 267/STF). Deve o interessado, ainda que terceiro (id est, o arrematante), interpor o recurso cabível, salvo se for terceiro totalmente estranho, até então, ao processo, hipótese em que o MS é admitido, desde que o prazo recursal haja escoado (Súmula 202/STJ).

Comentários

O Direito Falimentar é o ramo do Direito Empresarial que mais exige conhecimentos a respeito do Direito Processual Civil. Afinal, falência é "(...) o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que, normalmente, é uma pessoa jurídica revestida da forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou anônima" (COELHO, Fabio Ulhoa. Comentários a Nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial. 2ª Ed. São Paulo, SP. Editora Saraiva, p. 194) (grifo nosso).

A questão em comento versa sobre a possibilidade de impetração de Mandado de Segurança (MS) contra decisão judicial que anula arrematação, ato que, de acordo com Pontes de Miranda, possui duas acepções: "(...) em sentido de movimento processual, é a submissão do bem penhorado ao procedimento da alienação ao público e em sentido de estática processual é assinação do bem, que foi posto em hasta pública, ao lançador que ofereceu maior lanço" (in Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo X. (Arts. 612 a 735). Rio de Janeiro: Forense, 1976).

Quando da aplicação desta prova, já estava em vigor a nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009), que revogou, expressamente, a Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Dita lei já trazia o óbice à impetração de Mandado de Segurança contra atos judiciais que desafiassem recurso de qualquer espécie, id est, possuindo ou não efeito suspensivo (art. 5º, II). O que fez a lei foi positivar a ideia do interesse de agir como óbice explícito à impetração do MS. Afinal, se contra a decisão cabe recurso ou outra medida intraprocessual capaz de reformá-la ou anulá-la, então não há necessidade de se manejar o writ, por ausência de interesse-necessidade, embora haja quem resolva o problema pelo interesse-adequação (TJ-RJ - MS: 149119520128190000 RJ 0014911-95.2012.8.19.0000, Relator: DES. BENEDICTO ABICAIR, Data de Julgamento: 22/03/2012, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/05/2012). Mesmo diante do claro óbice legal, insistia-se na impetração de Mandado de Segurança contra atos judiciais impugnáveis via recurso, sobretudo quando o recurso não fosse dotado de efeito suspensivo. Para estancar a prática, foi editada a Súmula 267/STF, publicada em 13 de dezembro de 1963. O teor da súmula é o seguinte: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição". Vê-se, portanto, que o STF não distinguiu, ao aprovar a Súmula, se se trata de recurso com ou sem efeito suspensivo, e o fez propositadamente. A discussão acerca do efeito suspensivo estava superada. No entanto, o rigor do art. 5º, II, da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, seria atenuado nas décadas seguintes, passando a jurisprudência a admitir MS contra decisões judiciais desafiadoras de recursos sem efeito suspensivo, porém em determinadas situações excepcionais (STJ, AGRMS 201300742904, ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, DJE DATA:01/07/2013). A tendência de se atenuar o disposto no art. 5º, II, da Lei 1.533/1951, culminaria com a positivação do tema, conforme se dessume da leitura do atual art. 5º, II, da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que é, basicamente, o núcleo da resposta. Há quem critique a inovação, taxando-a de verdadeiro retrocesso, pois ressuscita o uso do mandado de segurança como medida de apoio a recurso sem efeito suspensivo (Luiz Manoel Gomes Junior [et al]. Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 57 e 58).

A par dessa discussão, urge apontar algumas peculiaridades sobre a questão.

O ato judicial de anulação ou a declaração de nulidade da arrematação pode se dar de ofício ou mediante provocação, nos próprios autos da falência (ou de uma ação de execução que acarrete constrição a bem da massa falida) ou via ação judicial autônoma. A questão fala em ato judicial de anulação, sugerindo que tal ato se deu mediante provocação, pois, regra geral, apenas nulidades (e processuais) podem ser reconhecidas de ofício. Nada aduz, entretanto, sobre se tal ato ocorreu em virtude de ação autônoma ou se se trata de decisão proferida nos próprios autos. Entretanto, tais dados são irrelevantes para a solução da questão, pois em ambos os casos as decisões judiciais desafiarão recursos que possuem, ou têm o potencial de possuir, efeito suspensivo.

A questão também nada aduz sobre quem está a impetrar o MS. Caso o impetrante já seja parte do processo, a impetração é inviável. Entretanto, a jurisprudência possui certo abrandamento dessa regra, admitindo, em situações pontuais e excepcionais, o MS impetrado contra decisão teratológica, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, capaz de causar danos irreparáveis ou de difícil reparação (STF, Pleno, MS 24159/DF - Questão de Ordem, Publicação DJI 31.10.2003, PP: 00015; STF - RMS 22910, Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Data: 08/10/2010; STJ - RMS: 27325 BA 2008/0157923-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/03/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/03/2012; (STJ - RMS: 28737 SP 2009/0017062-1, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 09/02/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/02/2010). Mais recentemente, o e. STF veio a confirmar a admissibilidade excepcional de MS tirado contra decisão judicial (STF - RMS 30.550/DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/06/2014, Segunda Turma).

Entretanto, caso o impetrante seja terceiro (por exemplo, caso seja o arrematante), a manejo do MS será possível, desde que, cumulativamente, o paciente não seja parte do processo e o prazo recursal já tenha se escoado. Deve-se lembrar que o prazo para o recurso do terceiro prejudicado é o mesmo para o recurso das partes e se inicia no mesmo momento (DIDIER JR., Fredie. Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 169). Aplica-se, no caso, a Súmula 202 do e. STJ ("A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso"). Caso o prazo recursal não tenha transcorrido, deverá o interessado ingressar no feito na qualidade de terceiro prejudicado (art. 499 do CPC).

Ainda que haja toda esta discussão, o candidato não deve se descurar do fato de que a questão em apreço veicula matéria de Direito Comercial. Além disso, é prova de primeira fase, com pouquíssimas linhas para lançar a resposta. Por isso, não deve o candidato perder tempo e espaço descendo a discussões processuais que não interessam diretamente à solução do problema.

Lembre-se: tenha foco! Anote os dispositivos legais pertinentes e as súmulas aplicáveis. Procure organizar a resposta mentalmente e mãos à obra!

(XXXI Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2009) *12ª questão – Direito Empresarial – No âmbito do Direito Cambiário EXPLIQUE duas exceções pessoais e duas exceções não pessoais oponíveis ao terceiro. RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.*

*Autor: **Marco Antonio Reis***

Sugestão de resposta

Se o portador se insere na situação da parte final do art. 17 do Dec. 57.663, está de má-fé, permitindo-se a oponibilidade de exceções pessoais pelo devedor. Entre estas, pode-se citar as hipóteses do negócio jurídico originário que foi celebrado: (a) com dolo (CC, art. 145) por uma das partes, sendo o dolo, a intenção de se obter do contratante uma declaração volitiva que não seria emitida caso não houvesse o engano; e com (b) simulação (CC, art. 167), consistente na dissonância intencional entre o que se realmente deseja e a declaração manifestada entre declarantes em conluio com o fim de enganar terceiros. Entre as exceções não pessoais, incluem-se, as exceções processuais como a falta de requisito para exercício da ação cambiária. Exemplos: a coisa julgada material, que é a imutabilidade do conteúdo do dispositivo da sentença transitada em julgado, ou a superveniência de prescrição, que é a neutralização da eficácia de uma pretensão (art. 70, Dec. 57.663).

Comentário 1

A autonomia das obrigações cambiárias, a qual tem por pressuposto de incidência a existência de duas ou mais obrigações cambiárias (não obstante considerável parte da doutrina tenha por pressuposto a circulabilidade da cambial por endosso), revela como subprincípio a inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro que estiver de boa-fé. Consoante apregoava Pontes de Miranda, da necessidade de circulação segura e negociabilidade dos títulos cambiários, nasceu a autonomia e o subprincípio da inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro de boa-fé. Esta proteção ao terceiro, contudo, não se faz presente quando este, por exemplo, adquire a cambial ciente de vício que macule o título ou de eventual exceção, procedendo, destarte, conscientemente em detrimento do devedor consoante apregoa o art. 17, in fine, anexo I do referido Decreto. Neste caso são oponíveis a este terceiro exceções pessoais que configurem a má-fé, como o dolo, o erro, a simulação, fraude, causa ilícita o contrato não cumprido, o pagamento, a compensação, a novação, a remissão entre outros. Há também que se considerar as exceções de natureza processual. Nesse caso a defesa será materializada mediante a oposição de embargos à execução em virtude de o título de crédito dotado de autonomia ser considerado um título executivo extrajudicial. Não obstante o espectro das matérias defensivas alegáveis do CPC, art. 745 [art. 917 e incisos no Novo CPC], ação típica para títulos executivos extrajudiciais, no caso de um título cambiário dotado de autonomia, o rol das matérias defensivas sofrerá redução em virtude da concorrência do princípio da inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro de boa-fé. Interpretação diversa seria burlar o subprincípio. A forma defeituosa da cambial e as defesas fundadas na falta de requisito à ação cambial se mostram oponíveis ao terceiro de boa-fé.

Comentário 2

Veja-se a redação do art. 17: "As pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor".

Obs: A referência à LUG se justifica, pois, apesar de esta mencionar a letra de câmbio, trata-se da lei aplicável ao direito cambiário no Brasil, devendo o intérprete procurar nesta, primeiramente, as regras aplicáveis a este ramo. Posteriormente, no que tange às reservas, a consulta ao Decreto 2.044. Deve-se consultar se o título em questão apresenta legislação específica, como por exemplo a cédula de crédito bancário, para só depois realizar-se a consulta ao Código Civil.

É o art. 51 da Lei Saraiva (Decreto 2.044, art. 51, que estabelece as defesas possíveis:

"Art. 51. Na ação cambial, somente é admissível defesa fundada no direito pessoal do réu contra o autor, em defeito de forma do título e na falta de requisito necessário ao exercício da ação."

As defesas fundadas na falta de requisito necessário à execução da ação cambial e no defeito de forma do título são exceções não pessoais.

As defesas fundadas em direito pessoal são aquelas que dizem respeito a alguma causa advinda de relação estranha ao direito cambiário, podendo encerrar desde um defeito no surgimento do negócio jurídico, vício de vontade ou fator atinente à eficácia daquele. O certo é que, incidindo o princípio da autonomia, o qual pressupõe a pluralidade de obrigações cambiárias, serão inoponíveis ao terceiro de boa-fé isto é, aquele que não se encontra atingido pela parte final do art. 17 do Decreto 57.663, sendo a inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro de boa-fé um subprincípio da autonomia. São, contudo, oponíveis ao terceiro de má-fé. Exemplos: erro, dolo, exceção do contrato não cumprido, violência, simulação, motivo ou causa ilícita, condição pendente de cumprimento, pagamento, compensação, novação, confusão, remissão e outros.

As defesas advindas do defeito de forma do título dizem respeito à não observância de algum requisito essencial da cambial. Por exemplo: a indicação da data em que e do lugar onde é passada e a assinatura do subscritor na nota promissória (Decreto 57.663, art. 75). Tais defesas são oponíveis ao terceiro de boa-fé.

Por fim, as chamadas exceções de natureza processual ou, como quer a letra da lei, atinentes à falta de requisito necessário ao exercício da ação, como, por exemplo, a prescrição, a não-apresentação do título já vencido ou a sua apresentação extemporaneamente, ou o não vencimento do título. Também as hipóteses de excesso de penhora, nulidades processuais, coisa julgada, litispendência, a falta de legitimidade das partes, entre outras.

(XXXI Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2009) *13ª questão – Direito Empresarial – A sociedade "X" assina com a sociedade "Y" um contrato mediante o qual cede à sociedade "Y" o seu estabelecimento empresarial. Por ocasião da tradição, as partes levantam um balanço contábil do estabelecimento, indicando os ativos e listando os passivos atinentes ao contrato. Fica estipulado que a sociedade "Y" responsabiliza-se apenas pelos débitos que constarem desse balanço. O contrato foi averbado no competente órgão de registro e devidamente publicado na imprensa oficial. Dois anos depois da data da tradição do estabelecimento, a sociedade "Y" tem a sua falência decretada. No curso*

da falência, como deve opinar o Ministério Público quanto à apresentação dos credores abaixo: a) Sociedade C, alegando ser credora da sociedade "Y", por sucessão da sociedade "X", uma vez que vendeu à sociedade "X" um veículo, que foi objeto da cessão do estabelecimento e que não foi pago; b) INSS, alegando ser credor da sociedade "Y", por sucessão da sociedade "X", quanto a contribuições devidas com relação ao período anterior à cessão do estabelecimento, mas relativas a empregados que continuaram a trabalhar para a sociedade "Y" após a cessão.

Autora: Michelle Ribeiro

Sugestão de resposta

a) considerando que a tradição foi feita em atenção ao artigo 1444 do CC/02, se o veículo estava incluído no contrato de trespasse e não foi pago pela sociedade Y, a Sociedade C deve ser incluída no rol de credores com relação a esse crédito, conforme art. 1446 do CC/02 e art. 83 da Lei 11101/2005. **b)**Em se tratando de débitos tributários anteriores ao trespasse, onde se inclui as contribuições devidas ao INSS, há determinação legal expressa de responsabilização do adquirente do estabelecimento (art. 133 do CTN), podendo ser integral ou subsidiária, a depender da sociedade alienante (X) ter continuado a exercer a empresa ou não. Assim, o crédito do INSS deve ser habilitado na falência da sociedade Y conforme art. 83, III, Lei nº 11101/2005.

Comentário 1

A cessão de estabelecimento empresarial mencionada na questão é chamada de contrato de trespasse, sendo ineficaz caso após a cessão a sociedade cessionária reste sem bens para fazer frente ao seu passivo, estabelece o art. 1145 do Código Civil que a alienação será ineficaz, a não ser que todos os credores sejam pagos ou manifestem seu consentimento, de modo expresso ou tácito , a respeito do negócio, no prazo de 30 dias. Contudo tal fato não foi trazido na questão, então o candidato deveria partir do pressuposto que a cessão foi eficaz.

Comentário 2

Quanto aos débitos de INSS a questão não informa se eles estavam descritos no balanço contábil realizado antes da cessão. Contudo, considerando que a responsabilidade da sociedade adquirente do estabelecimento decorre de lei (art. 133 do Código Tributário Nacional), seria inaplicável qualquer disposição em contrário.

5.2. PROVAS ESPECIALIZADAS

(XXXIII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO EMPRESARIAL - 2014) *1ª Questão- "A"e "B" são sócios de uma sociedade limitada por longo período. Com o falecimento de "A", responda:*

a) Os herdeiros de "A" ingressarão no quadro societário?

b) A partir de que momento a sociedade poderá ser considerada como unipessoal?

c) Após o evento morte, por quanto tempo o sócio "B" poderá figurar regularmente como único sócio da sociedade limitada?

d) Configurada a unipessoalidade qual será o destino da sociedade?

Resposta objetivamente fundamentada.

Autor: Matheus Rezende

Sugestão de resposta

A sociedade limitada é o tipo societário mais utilizado no Brasil. Segundo ensina a doutrina, a sociedade limitada pode ser caracterizada de duas formas: sociedade limitada de pessoas e sociedade limitada de capital. Para estabelecer a diferença entre ambas, são usados dois critérios: o primeiro, dito legal, é aquele em que o contrato social indica o tipo de sociedade limitada. Isso porque, segundo o art. 1053, caput, do CC/02, em regra, as normas da sociedade simples são aplicadas subsidiariamente à limitada. Todavia, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, o contrato social da sociedade limitada pode prever a regência supletiva das normas da sociedade anônima.

Por outro lado, outro critério que se soma ao anterior e, portanto, não é excludente, é analisar o affectio societatis existente entre os sócios. Se o affectio societatis entre os sócios for de extrema relevância e a contribuição pessoal dos sócios for indispensável para a realização do objeto social, estar-se-á diante de uma sociedade de pessoas. De outra feita, se a contribuição pecuniária do sócio for mais importante, estar-se-á perante uma sociedade limitada de capital.

a) O art. 1028, do CC/02, em regra, com a morte do sócio, as suas quotas serão liquidadas. O inciso III desse dispositivo estabelece que os herdeiros podem, por acordo, regular a substituição do sócio falecido. Todavia, uma leitura apressada do inciso pode levar a conclusões equivocadas.

Conforme exposto acima, é preciso analisar se a entrada dos herdeiros do sócio falecido, no caso os herdeiros de "A", ocorrerá a quebra da affectio societatis e/ou se eles terão como contribuir para a realização do objeto social, em uma sociedade limitada de pessoas. Constatando-se que haverá nítida quebra do vínculo psicológico, não é

recomendável que os herdeiros ingressem no quadro societário. Proceder-se-á, nesse caso, a dissolução das quotas do sócio falecido "A". Isso porque, em uma sociedade limitada de pessoas, o ingresso de sócio poderá trazer efeitos negativos à continuação da sociedade.

Noutro sentido, caso os herdeiros do sócio "A" sejam capazes de manter o affectio societatis com o sócio "B" e contribuírem para a realização do objeto social da sociedade limitada, em homenagem ao princípio da conservação da empresa, é louvável que eles ingressem no quadro societário e deem continuidade à atividade.

B, C e D) Primeiramente, é importante destacar que, como regra, o direito brasileiro não admite uma sociedade unipessoal. Ou seja, para a existência de uma sociedade, é preciso que haja, em regra, pluralidade de sócios. Existe uma exceção em que admite-se a sociedade unipessoal: trata-se da sociedade subsidiária integral, espécie de sociedade anônima, prevista no art. 251, §2°, da Lei 6404/76.

É de se ressaltar que com a morte do sócio "A" a legislação estabelece um prazo temporário e acidental durante o qual a sociedade limitada poderá subsistir como unipessoal, isto é, tendo em seu quadro societário apenas um sócio. Esse prazo é de 180 (cento e oitenta) dias. Após o decurso desse prazo, caso não se restabeleça a pluralidade de sócios, a sociedade limitada deverá ser dissolvida.

Dessa forma, a partir da morte do sócio "A", a sociedade limitada poderá figurar como sociedade unipessoal temporariamente pelo prazo de 180 dias, tendo apenas "B" em seu quadro societário. Transcorrido o prazo legal e não havendo pluralidade de sócios, a sociedade limitada estará dissolvida.

Contudo, durante o prazo previsto no art. 1033, IV, do CC/02, o sócio "B", verificando que os herdeiros não ingressarão no quadro societário e com a liquidação das quotas do sócio de cujus, poderá preservar a empresa e adotar uma das seguintes providências, ambas previstas no art. 1033, parágrafo único do CC/02: o sócio "B" poderá requerer sua inscrição como empresário individual; ou ele poderá transforma-se em uma empresa individual de responsabilidade limitada.

Conforme afirmado, caso "B" não adote nenhuma dessas providências, não restará outro caminho senão a dissolução da sociedade limitada, uma vez que o Direito Brasileiro não admite, como regra, a sociedade unipessoal.

Comentário 1

Nessa questão, embora o conhecimento acerca da diferenciação entre sociedade limitada de pessoas e sociedade limitada de capitais não seja o objeto central da pergunta, é interessante o candidato abordar o tema, para demonstrar profundo entendimento sobre o assunto.

Comentário 2

A doutrina diverge acerca da natureza jurídica da EIRELI, se seria sociedade ou uma pessoa jurídica sui generis. A segunda posição prevalece. Certo é que o CC/02, em seu art. 44, VI, a considerou como uma nova categoria de pessoa jurídica.

Comentário 3

Para estudo do Direito Empresarial para concursos públicos, recomenda-se a leitura do livro "Direito Empresarial Esquematizado" de André Luiz Santa Cruz Ramos.

(XXXIII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO EMPRESARIAL - 2014) *2ª Questão - Umaassociação de catadores de lixo reciclável tem faturamento de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por ano e emprega 1.000 (mil) trabalhadores, afigurando-se, desta feita, como um importante agente econômico da cidade. Um credor locatício ingressa com pedido de falência em face da associação, instruindo o pedido com o contrato de locação protestado, cujo aluguel mensal é de R$ 15.000,00 (quinze mil reais). Em sua defesa, realizando o depósito elisivo, a associação alega não ser possível o requerimento de falência. Encaminhado o processo à Promotoria de Massas Falidas, manifeste-se sobre todos os itens da questão. Resposta objetivamente fundamentada.*

Autora: Vanessa Gonzalez

Sugestão de Resposta

Processo nº

Partes

MM. Juiz

Trata-se de pedido de falência formulado por credor locatício em face de associação de catadores de lixo reciclável.

Apoia-se o presente pedido de falência em contrato de locação protestado, cujo valor estipulado a título de aluguel mensal é de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

A associação requerida, além de realizar o depósito elisivo, alega em sua defesa que não é possível o acolhimento do pleito do credor locatício.

Os autos vieram a esta Promotoria de Justiça de Massas Falidas para análise e parecer.

É a breve síntese da demanda.

Desde logo, verifica-se a impossibilidade de decretação da falência do devedor, tendo em vista a realização do depósito elisivo, nos termos do art. 98, p. único da Lei 11.101/05.

Independentemente da questão atinente ao depósito elisivo, a controvérsia trazida nestes autos gira em torno da possibilidade ou não de decretação de falência de associação que, no caso concreto, movimenta vultosas quantias anuais e conta com cerca de 1000 (mil) trabalhadores.

A Lei 11.101/05 regula o procedimento de falência e recuperação judicial e extrajudicial de empresários e sociedades empresárias (art. 1º).

O Código Civil, em seu art. 966, adotou a teoria dos atos de empresa, segundo a qual é considerada empresária a sociedade ou a pessoa física que exerça atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços, com habitualidade e visando lucro.

A requerida não se enquadra no conceito de legal de empresário ou sociedade empresária, tratando-se de outra espécie de pessoa jurídica de direito privado, qual seja, associação (art. 44, inciso I do Código Civil).

Embora pratique atos de empresa com habitualidade, a associação não visa ao lucro, nos termos do art. 53 do Código Civil, muito embora nada impeça que o lucro ocorra em razão de suas atividades.

Ainda que se reconheça que associação é uma reunião de pessoas que se organizam para fins não econômicos, nada impede que sua atividade gere lucro.

Isso porque, no caso específico das associações de catadores de lixo reciclável, o que se verifica no dia a dia são entidades criadas com o propósito de agrupar tais pessoas para tratar de diversos assuntos de seu interesse, e não apenas para obter lucro com a venda dos materiais recicláveis.

Evidente que o lucro acaba por ser percebido, mas ele não é a finalidade principal da referida entidade. Também não se vislumbra, no caso da associação de catadores de lixo reciclável, a presença de todos os demais elementos de empresa.

No presente caso, o *Parquet* também não vislumbra a existência de uma "associação de fachada" que exerce atividade econômica organizada e visa ao lucro. Caso assim entendesse, poderia ser considerada uma sociedade irregular e, nesse caso, seria cabível o pleito falimentar.

Assim, analisando o caso destes autos, impossível falar-se na caracterização da associação requerida como sociedade empresária ou empresário para fins de aplicação da Lei 11.101/05.

Superada a questão acima, importante esclarecer se o contrato que embasou o pedido seria apto a ensejar a decretação da falência de um empresário ou de uma sociedade empresária.

Nos termos do art. 94, inciso I da Lei 11.101/05, será decretada a falência do devedor que, sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título executivo protestado, cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 salários mínimos na data do pedido de falência.

Dessa feita, embora o contrato de locação seja título executivo extrajudicial (art. 585, inciso V do Código de Processo Civil) dotado de liquidez e certeza, ainda que tenha sido protestado com a indicação do recebedor da notificação do protesto, verifica-se incabível o pedido de falência formulado nestes autos ante a não caracterização da requerida como sociedade empresária.

Ante todo exposto, embora o título executivo que embasou o presente pedido seja apto para a formulação de pedido de falência (art. 94, inciso I da Lei 11.101/05), opina o Ministério Público pelo seu indeferimento na medida em que a requerida, não sendo sociedade empresária, não se sujeita à Lei 11.101/05.

Em consequência do indeferimento do presente pedido de falência, deverá ser restituído à requerida o valor relativo ao depósito elisivo, nos termos do art. 98, p. único da Lei 11.101/05.

Por fim, ainda que se entenda pela sujeição da requerida à Lei 11.101/05 e pelo não acolhimento das razões expostas pelo Ministério Público, importante destacar que não é cabível a decretação da falência da associação requerida, eis que já realizado o depósito elisivo.

É o parecer.

Local, data

Assinatura

Comentários

No caso em análise, não foi explicitado se o candidato deveria responder a questão com texto dissertativo ou em forma de parecer. Diante do conteúdo do enunciado, informando que o processo fora encaminhado à Promotoria de Massas Falidas, optou-se por formular a resposta em forma de parecer. Ressalte-se, no entanto, que candidatos que optaram por formular uma resposta discursiva foram bem pontuados. No nosso entender, de fato não haveria prejuízo, desde que fossem abordados todos os aspectos que envolvem o caso.

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO EMPRESARIAL – 2012) *1ª Questão – A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aplicável ao empresário individual?*

***Autora:** Carolina Magalhães*

Sugestão de resposta

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi introduzida em nosso ordenamento através de diversos diplomas legais, tais como o artigo 28 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), artigo 18 da Lei 8.884/1994 (Lei

Antitruste) e artigo 4° da Lei 9.605/1998 (Lei do Meio Ambiente), bem como artigo 50 do Código Civil de 2002, não obstante já ser aplicada por nossos Tribunais anteriormente a qualquer previsão legal. Trata-se de um instituto de direito civil que visa proteger os credores coibindo o uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Possui três espécies, conforme nossa mais atualizada doutrina e jurisprudência, quais sejam: direta, inversa e indireta, podendo ainda ser citada a desconsideração extensiva, já aplicada para casos de falência.

A desconsideração, em sua forma mais tradicional, a direta, ocorre quando existe a necessidade de se desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica e seu patrimônio próprio, para adentrar no patrimônio pessoal de seus sócios a fim de que as dívidas da pessoa jurídica sejam pagas. A indireta ocorre quando a pessoa física esconde seus bens no patrimônio da pessoa jurídica, buscando-se assim seus bens no patrimônio da sociedade empresária, por exemplo. Em sua modalidade inversa, existem duas pessoas jurídicas com sócios comuns, atividades, domicílio, enfim, seriam duas pessoas jurídicas que se confundiriam, e em razão disto, para pagar os credores de uma das pessoas jurídicas, busca-se o sócio da outra pessoa, pois revela ter relação direta com ambas as pessoas jurídicas.

Existem também as teorias maior e menor, que explicam como se dá a desconsideração, e quais requisitos devem ser observados para sua aplicação.

De acordo com a teoria maior, devem estar preenchidos os requisitos previstos no artigo 50 do CC/02, havendo necessidade de comprovação do abuso da personalidade, através ou do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial. Porém, em se tratando de relações trabalhistas e ambientais, outros requisitos deverão ser observados, eis que nestes casos existe uma maior preocupação com a fragilidade destas relações, que faz com que seja facilitado o acesso aos bens dos sócios, com menor rigor. Aqui se aplica a teoria menor, havendo tão somente que se demonstrar a frustração do pagamento das dívidas pela pessoa jurídica.

Pois bem. Trazidas essas premissas básicas, é importante salientar que somente pode ser aplicado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica às pessoas jurídicas, isto porque o propósito do instituto é justamente desconsiderar sua personalidade jurídica para alcançar a personalidade e os bens das pessoas dos seus sócios ou integrantes. Isto posto, resta analisar o empresário individual e sua forma de constituição.

No âmbito do direito empresarial, tem-se que para exercer empresa, ou seja, para exercer atividade econômica organizada, nos moldes da previsão do artigo 966 do Código Civil de 2002, existe a necessidade, como primeira opção, de se constituir uma sociedade empresária, situação esta em que haverá adoção de personalidade jurídica própria. Pode-se, ainda, optar pela qualificação de empresário individual, situação em que a pessoa física permanece como tal, não lhe sendo atribuído nenhuma personalidade jurídica, prevista esta figura nos artigos 966 ao 980, do CC/02. Por fim, introduzida recentemente em nosso Código Civil, em seu artigo 980-A e 44, inciso VI, ambos dos CC/02, temos a figura da empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI. Importante ressaltar, por fim, que o microempresário e empreendedor individual, figuras

previstas na Lei de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, são formas de organização do empresário individual, portanto, pessoa física.

No que tange à sociedade empresária, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica lhe é aplicável, isto porque existe a pessoa jurídica e os sócios que a integram.

Em relação ao empresário individual, não existem dúvidas de que não pode ser aplicado o instituto da desconsideração, isto porque sequer existe personalidade jurídica a ser desconsiderada. Não se adota para empresário individual a teoria da personificação ou personalidade jurídica, não dando azo, portanto, à desconsideração.

Existe tão somente a pessoa física que exerce a empresa, e que se confunde, portanto, com a pessoa do empresário individual. O primeiro pressuposto para a aplicação da desconsideração é que seja pessoa jurídica. Por se tratar da própria pessoa física, o empresário individual tem responsabilidade direta e ilimitada, aplicando-se ao caso o artigo 591 do Código de Processo Civil, já que o devedor responde a seus credores com todos seus ativos patrimoniais, salvo limitação legal, dos bens impenhoráveis. Recentemente foi editado enunciado da 1ª Jornada de direito comercial que diz que quanto às obrigações decorrentes da empresa, o empresário individual responderá primeiramente com os bens relacionados com a atividade negocial. O enunciado não é lei, é orientação, mas estabelece uma certa garantia aos bens da pessoa física, uma vez que prevê uma ordem de preferência. Não se trata de responsabilidade subsidiária, porque não há patrimônio distinto, mas mera ordem de preferência. Este enunciado atende ao princípio da função social da empresa.

O que ocorre é que pode existir um patrimônio de afetação da pessoa física que seja destinado para a atividade empresária, e nesse caso o pagamento das dívidas desta atividade deve ser retirado, em primeiro lugar, deste patrimônio de afetação, e, em segundo lugar, do patrimônio da pessoa física, sem necessidade da desconsideração, isto porque se trata da mesma pessoa.

Por fim, imperioso trazer a questão da aplicação do instituto à eireli. Por se tratar de um instituto novo, existem intensas controvérsias sobre sua natureza jurídica e forma de constituição. Trata-se de pessoa jurídica unipessoal permanente. Esta é a diferença básica com a figura do empresário individual, já que este é pessoa física e a eireli é pessoa jurídica

A eireli tem responsabilidade direta e ilimitada, tal como o empresário individual, no entanto, há limitação para seu integrante, em razão da adoção da teoria da personificação.

Duas controvérsias principais devem ser destacadas.

Primeiramente, discute-se se a eireli tem natureza de sociedade empresária ou se seria uma terceira espécie, ao lado da sociedade empresária e do empresário individual. Existe uma primeira corrente doutrinária que defende que se trata de uma sociedade unipessoal e permanente; seria, então, uma terceira hipótese de unipessoalidade permanente, ao lado da empresa pública e da subsidiária integral. Para uma segunda corrente, tratar-se-ia de uma nova modalidade de pessoa jurídica, um novo ente

personificado, e não uma sociedade. Reforçando esta posição, tem-se o enunciado 03 da 1ª Jornada de direito comercial, que diz que eireli não é sociedade.

Uma segunda discussão traz à tona a questão de sua constituição, ou seja, se somente uma pessoa física pode formá-la, ou se uma pessoa jurídica pode fazê-lo. Existe uma primeira corrente que entende que somente pode constituir eireli uma pessoa física. A idéia primordial da eireli foi justamente permitir que uma única pessoa física a constituísse, com responsabilidade limitada para seu integrante, para não ficar tão desprotegido como ocorre com o empresário individual. Há uma segunda corrente, no entanto, que entende que tanto pessoa física como pessoa jurídica pode constituir eireli.

Independente de todas essas controvérsias, percebe-se que a eireli é considerada pessoa jurídica e como tal não existe óbice para a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, ao contrário do que ocorre com o empresário individual, possuindo este responsabilidade direta e ilimitada, da mesma forma que a eireli. No entanto, esta possui um véu protetor em relação ao seu integrante, da mesma forma como se dá com as sociedades empresárias e seus sócios.

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO EMPRESARIAL – 2012) *2ª Questão – A ação civil pública, com legitimidade ativa do Ministério Público, prevista em legislação extravagante própria, visando obter ressarcimento de danos causados aos acionistas de sociedade anônima, decorrentes de manipulação e criação de condições artificiais de preço de valores mobiliários, se confunde, em seus elementos identificadores, com a demanda franqueada aos acionistas pelo artigo 246 da lei das sociedades anônimas (Lei 6404/76)? JUSTIFIQUE A RESPOSTA.*

Autor: André Morgado

Sugestão de resposta

As ações mencionadas no enunciado são distintas.

De plano, aponte-se que a ação civil pública que visa obter ressarcimento de danos causados aos acionistas de sociedade anônima, decorrentes de manipulação e criação de condições artificiais de preço de valores mobiliários, possui previsão normativa no art. 1°, inc. I, da Lei n° 7.913/89.

Quantos às partes processuais, a legitimidade ativa para a propositura da ação descrita na legislação extravagante acima indicada recai, exclusivamente, sobre o Ministério Público. Cuida-se de típica hipótese de tutela de interesses transindividuais - no caso, individuais homogêneos, observados os conceitos veiculados pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81 - cuja inequívoca relevância social, aliada à expressa menção legal, atrai a legitimidade ativa do Ministério Público (art. 127, caput, da CRFB), a despeito de sua disponibilidade. A modalidade de legitimação, de acordo com a melhor doutrina - que apregoa o descabimento, no processo civil coletivo, das

tradicionais figuras de legitimação estabelecidas no processo civil individual - é a denominada institucional, ou autônoma.

A ação em apreço se sujeita a regime específico de liquidação, estabelecido no art. 2º da Lei nº 7.913/89, que prevê a fixação do montante indenizatório já na sentença proferida no processo de conhecimento e a convocação dos credores por edital para a habilitação de seus créditos e, em não havendo, no prazo de dois anos, a habilitação de créditos em montante que alcance o fixado na sentença, reverte-se o excedente para o fundo previsto no art. 13, da Lei nº 7.347/85, mecanismo este conhecido como *fluid recovery*.

Por seu turno, a legitimidade ativa para a propositura da ação estabelecida no art. 246, da Lei nº 6.404/76 recai, por expressa menção legal, exclusivamente sobre os acionistas da sociedade controlada, observadas as condicionantes do §1º do citado artigo.

Cuida-se de legitimação extraordinária, já que os citados legitimados estarão, em nome próprio, tutelando interesse da sociedade controlada de que são acionistas.

Quanto à legitimidade passiva, igualmente, há distinção entre as ações.

De fato, para a ação descrita na Lei de Sociedades Anônimas, a legitimidade passiva recai sobre a sociedade controladora, cujo conceito é veiculado no art. 243, §2º, do citado diploma, existindo precedente do STJ admitindo a legitimidade passiva, em litisconsórcio, dos administradores da sociedade controladora[3].

Já para a ação descrita na legislação extravagante, a legitimidade passiva é ampla, vez que a norma não veicula qualquer restrição para tanto.

Vê-se, pois, que as ações em apreço são distintas no que atine à legitimidade ativa e passiva, bem como quanto à modalidade de legitimação ativa.

Quanto à causa de pedir, igualmente, há distinção entre as ações em comento.

Na ação prevista na Lei de Sociedades Anônimas, a causa de pedir é o dano causado à sociedade controlada por ato da sociedade controladora praticado com infração aos arts. 116 e 117.

Já na ação civil pública estabelecida na Lei nº 7.913/89, a causa de pedir corresponde aos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários decorrentes especialmente, mas não limitadamente, das condutas listadas nos incisos I a III do art. 1º da referida lei.

Quanto ao pedido, a ação civil pública em comento pode veicular pretensão de natureza inibitória ("evitar prejuízos" - art. 1º, caput) ou indenizatória ("obter ressarcimento de danos" - art. 1º, caput), neste caso, em benefício aos lesados.

Já a ação descrita no art. 246 da Lei de Sociedades Anônimas comporta, exclusivamente, pretensão indenizatória, em benefício da sociedade controlada.

---

3. REsp 16.410/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/1992, DJ 16/05/1994, p. 11771.

Conclui-se que as ações descritas na Lei nº 7.913/89 e no art. 246, da Lei nº 6.404/76, distinguem-se em todos os seus elementos identificadores.

Comentário

A questão, embora de enunciado curto e, aparentemente, de simples resolução, foi elaborada em sede de Prova Específica, sem limitação de linhas para a resposta.

Nesse contexto, cumpria ao candidato dissecar todos os elementos relacionados à questão formulada, analisando-os detidamente, com o fim de demonstrar conhecimento e domínio sobre a matéria, angariando maior pontuação.

Note-se que a questão em comento exigia, a par de domínio do Direito Empresarial, conhecimento aprofundado da disciplina de Direito Processual Civil, evidenciando a interdisciplinaridade que marca o concurso para ingresso na carreira do MPRJ.

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO EMPRESARIAL – 2012) *3ª Questão - Asociedade empresária JET OIL LTDA., de compra e vende de material aeroespacial, encontra-se na chamada zona de insolvência. Diante disto, os sócios desta sociedade empresária insistem no prolongamento artificial de sua existência, fazendo e recebendo pedidos aos seus fornecedores, como se não estivesse atravessando uma grave crise econômico-financeira, inflando, artificiosamente, o seu passivo a descoberto. Diante do exposto, pergunta-se:*

a) É dever da sociedade empresária, em casos como este, confessar a autofalência?

b) Diante da omissão em confessar a autofalência, seus administradores poderão ser responsabilizados pessoalmente por violação dos seus deveres fiduciários para com os credores da sociedade empresária?

c) É aplicável, in casu, a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica?

Respostas justificadas.

Autor: Uriel Fonseca

Sugestão de resposta

A questão aborda a divergência acerca da existência de um dever, atribuível a um devedor em insolvência, de confessar sua autofalência. Pela redação do art. 105 da Lei n.º 11.101/05, aquele que atravessa grave crise econômico-financeira que julgue não ser passível de recuperação judicial "deverá" requerer a falência. Partindo destas premissas, o candidato deverá abordar, em sua resposta, os seguintes pontos:

a) Não é pacífica a interpretação literal do citado art. 105 da Lei n.º 11.101/05. Há relevante posição doutrinária no sentido de que autofalência é mera faculdade, isto é, o devedor não é obrigado a liquidar seu negócio, eis que não existe sanção legal correspondente ao descumprimento deste suposto dever.

b) A despeito de não haver pacificidade quanto à caracterização de um dever de autofalência, é certo que os administradores podem ser responsabilizados pelo prolongamento artificial das atividades empresariais, na forma do art. 82 da Lei n.º 11.101/05. Trata-se de uma obrigação de fidúcia dos sócios e administradores para com seus credores, lastreada na boa-fé objetiva. A confissão da falência, sob este prisma, diminui os prejuízos decorrentes da dívida já consolidada, o que, em última instância, representa a maximização do ativo do falido, em atenção ao princípio inserto no art. 75 da mesma Lei n.º 11.101/05.

c) Ainda que o ponto não tenha sido diretamente inquirido pelo examinador, vale anotar que há, em doutrina, quem defenda a legitimidade ativa do Ministério Público para as ações de responsabilidade aludidas pelo art. 82 da Lei n.º 11.101/05, orientada pela tutela dos interesses metaindividuais dos credores do empresário em falência.

d) Quanto à aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica, há de se ter, como regra, que, quando a própria lei prevê a responsabilidade pessoal do sócio, a disregard torna-se desnecessária, como nos casos do art. 135 do CTN ou do art. 1080 do Código Civil. Na questão da autofalência, como delineado, a personalidade não é obstáculo à responsabilização dos administradores diante de previsão legal expressa que admite tal possibilidade, o que deixa sem sentido a pretensão pela desconsideração.

Comentário

Em perguntas que envolvam vários itens, é interessante que o candidato aborde, sistemática e separadamente, cada uma das alíneas, independentemente de optar por fazer referência expressa às letras do enunciado ou redigir texto corrido. Ademais, como em qualquer questão de segunda fase sem limite de linhas, a demonstração de conhecimento do tema, ainda que aborde questão não diretamente questionada, é sempre relevante e diferencia o candidato.

(XXXI CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO EMPRESARIAL - 2009) *1ª Questão - No sistema da Convenção de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias explique justificadamente se estão em vigor no Brasil os artigos 14, 31 e 38 do anexo I da LUG (Lei Uniforme de Genebra), indicando, se for o caso, a outra norma legal vigente no País sobre a matéria.*

Autor: *Rafael Schinner*

Sugestão de resposta

O art. 14 da Lei Uniforme de Genebra (LUG) disciplina, em sua segunda parte, o endosso em branco, permitindo que o portador da letra preencha o espaço em branco

com seu nome ou com o de outro, endosse-a novamente, em branco ou em preto, ou a transfira a um terceiro sem preencher o espaço em branco e sem endossar (tradição).

Com o advento das Leis 8.021/1990 e 8.088/1990, que versam, respectivamente, sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais e sobre a atualização do Bônus do Tesouro Nacional e dos depósitos de poupança, levantou-se a discussão sobre a vigência do art. 14 da LUG. Por certo, o art. 1°, caput, e o art. 2°, II, da Lei 8.021/1990, proíbem o resgate ou pagamento de títulos de crédito a beneficiários não identificados e, dessa sorte, dão a entender que estaria proibida a emissão de títulos ao portador e, conseguintemente, o endosso em branco. A seu turno, o art. 19 da Lei 8.088/1990 é mais incisivo e parece proibir, em uma primeira leitura, expressamente, o endosso em branco.

Antes destas leis, já havia consolidado entendimento pela possibilidade de endosso de cambais em branco. Aliás, este é o teor do enunciado da Súmula 387 do e. STF, bastando que a cambial seja completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto.

Indaga-se, dessa sorte, se estas leis teriam revogado o art. 14 da LUG e derrubado a Súmula 387 do e. STF.

Esta não parece ser a posição mais correta.

A Lei 8.021/90 e a Lei 8.088/90 não são capazes de revogar norma prevista na LUG. Em verdade, nenhuma lei resultante do processo legislativo interno é capaz de revogar norma incorporada por Tratado ou Convenção Internacional. Afinal, as Convenções Internacionais consubstanciam verdadeiro empenho da palavra de um país, que as adere na qualidade de parte contratante. Com isso, o país signatário assume o compromisso de cumprir a Convenção, não se admitindo o declínio pela legislação interna corporis produzida. Para que o compromisso seja declinado, impende seja realizado um procedimento formal de denúncia da Convenção Internacional. Além do mais, a competência para firmar o tratado pertence ao Presidente da República (art. 84, VIII, da CRFB/88). Por razões de simetria, impossível denunciar qualquer tratado internacional sem que atue, como personagem principal, o Chefe de Estado.

De outra banda, deve-se ressaltar que as referidas leis foram expedidas com o fito de permitir a identificação do beneficiário da cártula para fins exclusivamente fiscais. O endosso em branco e a circulação por mera tradição não frustram os objetivos do art. 19 da Lei 8.088/90 e art. 1°, e art. 2°, II, da Lei 8.012/90, desde que, ao tempo do vencimento, o beneficiário se identifique, convertendo o pretérito endosso em branco em endosso em preto. Há posição doutrinária e precedentes do e. STJ neste sentido.

Vê-se, dessa sorte, que o art. 14 da LUG e a Súmula 387 do STF persistem em vigor.

Passa-se, agora, à análise da vigência do art. 31 da LUG.

A primeira alínea do art. 31 da LUG disciplina que o aval é escrito na própria letra ou numa folha anexa. Esta alínea está em vigor, pois o Brasil não adotou a reserva prevista no art. 4°, do Anexo II, da LUG, conforme se conclui da leitura do preâmbulo do Decreto 57.663, de 24 de janeiro de 1966. Não é possível, portanto, aval em ato separado no sistema da LUG. Por outro lado, interessante notar que o Código Civil, ao

disciplinar o aval para os títulos de crédito em geral, não previu, em seu art. 898, a possibilidade de o aval ser lançado em folha anexa ao título. No entanto, persiste válido o aval lançado em folha anexa a Letras de Câmbio e a Notas Promissórias, pois o art. 898, por ser norma geral, não tem o condão de revogar a LUG, que é norma especial. Ademais, conforme já dito acima, não se admite que o legislador interno denuncie tratados internacionais, devendo, para tanto, ser realizado o procedimento diplomático de denúncia.

A segunda alínea do art. 31 preceitua que o aval exprime-se pelas palavras "bom para aval" ou fórmula equivalente, seguida da assinatura do dador do aval. Já a terceira alínea prevê que o aval considera-se como resultante da simples assinatura aposta no anverso da letra, salvo se se tratar das assinaturas do sacado ou do sacador. Ambas as alíneas persistem em vigor.

Entretanto, importante notar que o governo brasileiro adotou a reserva constante do art. 2º do Anexo II da LUG. Ao adotá-la, passou à legislação doméstica a atribuição da escolha do modo por que poderá ser suprida a falta de assinatura. Dessa sorte, caso um sujeito cambiário tenha aposto a expressão "bom para aval", porém não tenha lançado a sua assinatura, não se verificará, a princípio, nulidade, podendo ser suprida sua falta desde que se possa constatar a vontade daquele que deveria ter assinado.

As demais alíneas do art. 31 prosseguem em vigor, pois não foram objeto de reserva. No entanto, uma observação deve ser feita quanto às suas duas últimas alíneas. Delas consta que o aval deve indicar por quem se dá e, na falta de indicação, entender-se-á pelo sacador. Nada é dito, portanto, a respeito da validade do aval antecipado, dado em favor do aceitante, antes mesmo de o sacado aceitar a letra, ou em favor do endossante, antes deste fazer circular o título pela tradição. Em razão da omissão da LUG, entende-se aplicável o art. 14 do Decreto 2.044/1908, que permite, expressamente, que o aval seja lançado, independentemente de aceite ou endosso.

Por fim, analisa-se a vigência do art. 38 da LUG.

O art. 38 da LUG possui duas alíneas. Casa uma merece análise própria.

A primeira preceitua que o portador de uma letra pagável em dia fixo, em certo termo de data ou certo termo de vista deve apresentá-la a pagamento no mesmo dia do vencimento ou em até dois dias úteis seguintes.

Neste ponto, impende salientar que o governo brasileiro adotou as reservas constantes dos artigos 5º e 6º do Anexo II da LUG. A reserva do art. 5º faculta à parte signatária completar a regra a respeito da época de apresentação da letra para pagamento, para determinar que o portador da letra deva apresentá-la no próprio dia do vencimento, sob pena de responder por perdas e danos.

Adotada a reserva, deve-se socorrer-se à lei cambiária interna (Decreto 2.044/1908). O art. 20 deste Decreto preceitua que a apresentação da letra de câmbio para pagamento deve ocorrer no próprio dia do vencimento, ou, sendo feriado, no primeiro dia útil seguinte. Há, aqui, uma coincidência entre o que preceitua o Decreto 2.044/1908 e o que prevê a LUG em seu art. 5º do Anexo II. O art. 20 do Decreto 2.044/1908 está, portanto, em vigor.

No entanto, ao contrário do que prevê a LUG, o art. 20 do Decreto 2.044/1908 sanciona o portador da letra com a perda do direito de regresso. Urge, portanto, discutir qual será, afinal, a sanção acarretada ao portador da letra que não a apresenta para pagamento do dia do vencimento, ou, se feriado, no dia útil subsequente.

Aqui a doutrina discrepa. Para uma corrente, a sanção aplicável é aquela prevista no próprio art. 5º do Anexo II da LUG. Sendo assim, deve o portador da letra responder por perdas e danos pelo atraso na apresentação.

Todavia, importante setor doutrinário defende que não é possível aplicar a sanção prevista na LUG, pois, a teor do próprio art. 5º de seu Anexo II, a reserva efetuada pelo governo brasileiro precisa ser completada para que se torne eficaz. Como isso não ocorreu, vigoraria, então, a sanção prevista no art. 53 da LUG, que é, tal qual a do art. 20 do Decreto 2.044/1908, a da perda do direito de regresso contra endossantes, sacador e avalistas.

Entretanto, a posição mais correta não é nem uma nem outra. Ao se adotar uma reserva qualquer, a norma constante do Anexo I, atacada pela reserva, não vem à lume no ordenamento jurídico. O governo, com efeito, assumiu o compromisso de completar o art. 38 do Anexo I da Lei Uniforme de Genebra. Até que o faça, o art. 20 do Decreto 2.044/1908 permanece incólume. O não cumprimento de compromissos assumidos internacionalmente apenas acarretam consequências no plano do direito internacional. O direito interno não é afetado. As instâncias são diversas. Portanto, defende-se que, ao se adotar a reserva constante do art. 5º do Anexo II, o art. 20 do Decreto 2.044/1908 permanece inteiramente aplicável, inclusive no que toca à sanção nele prevista.

Por fim, a alínea 2a do art. 38 da LUG prevê que a apresentação da letra a uma câmara de compensação equivale a apresentação para pagamento.

Aqui se deve lembrar que o governo brasileiro adotou a reserva prevista no art. 6º do Anexo II da LUG. Com isso, adquiriu a faculdade de legislar sobre que instituições devem ser consideradas câmaras de compensação.

A sistemática de apresentação de títulos para pagamento em câmaras de compensação não é desconhecida do direito brasileiro. Com efeito, há previsão específica na Lei do Cheque (art. 34 da Lei 7.357/1985). No entanto, o Decreto 2.044/1908 não possui norma jurídica regente da matéria, tampouco há norma específica no sentido da reserva, de forma que não houve a introdução da alínea 2a do art. 38 da LUG no ordenamento jurídico.

Em conclusão, pode-se afirmar que o art. 14 da LUG persiste em vigor, não tendo sido revogado pela Lei 8.021/90 ou pela Lei 8.088/90. O art. 31 da LUG também está em vigor, pois o Brasil não adotou a reserva prevista no art. 4º, do Anexo II, da LUG. No entanto, algumas observações podem ser feitas no que se refere às implicações decorrentes da adoção da reserva prevista no art. 2º do Anexo II e sobre a questão do aval antecipado, que chama à baila a regência supletiva do Decreto 2.044/1908. Por fim, o art. 38 sofreu os afeitos da adoção da reserva prevista nos artigos 5º e 6º do Anexo II, estando vigente, consequentemente, o art. 20 do Decreto 2.044/1980.

Comentários

É muito importante que o candidato possua um bom Código Comercial, que contenha a íntegra de todas as Convenções Genebrinas e o Decreto 2.044, de 31 de dezembro de 1908.

Sugiro que o candidato, ao estudar o Direito Cambiário, grife todas as normas do Anexo I da LUG que foram objeto de reserva, fazendo a respectiva remissão. Isso economizará muito tempo. Ademais, dará mais segurança ao enfrentar este tipo de questão.

O candidato, ao se deparar com essa questão, procurará, de imediato, identificar se as reservas adotadas pelo governo brasileiro atacam algum dos dispositivos citados.

No entanto, o art. 14, do Anexo I da LUG, não foi objeto de nenhuma reserva. A discussão acerca da vigência deste dispositivo gira em torno das leis que foram aprovadas para sustentar o Plano Collor, e mais especificamente, das Leis 8.021/90 e 8.088/90. Em verdade, o candidato familiarizado com o Direito Empresarial muito provavelmente já terá se deparado com essas leis quando do estudo de outros temas, como a respeito da possibilidade de emissão de cheque ao portador (art. 2º, I, da Lei 8.021/90) ou sobre a possibilidade da emissão de títulos à ordem de uma forma em geral (art. 2º, II, da Lei 8.021/90).

Contudo, atenção! Procure verificar se ambas as leis constam do Código Comercial que será levado para a prova. Caso dele não constem, imprima-as. São leis de vital importância e servirão de base para resolver outros problemas ou enriquecer a resposta dada a uma questão que verse sobre títulos ao portador, sobre a característica da circulabilidade dos títulos de crédito, sobre cheques, dentre outras.

A seu turno, o art. 31 da LUG também não foi objeto de reserva. O candidato, aliás, deve ter cuidado ao interpretar o preâmbulo do Decreto 57.663, de 24 de janeiro de 1966. É que consta de seu texto que o governo brasileiro adotou a Convenção "com reserva aos" artigos 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 9º, 10, 13, 15, 16, 17, 19 e 20 do anexo II. A locução empregada é problemática, pois leva a crer, em uma leitura mais afoita, que o governo adotou todas as reservas do Anexo II, menos aquelas constantes dos dispositivos que elenca. No entanto, o que se deu foi exatamente o contrário. Para enriquecer a resposta, o candidato pode citar alguma controvérsia que porventura conheça a respeito das alíneas do art. 31. No entanto, o tempo e o foco não devem ser desperdiçados.

O art. 38, a seu turno, foi afetado pela adoção das reservas dos artigos 5º e 6º. Interessante que o candidato discuta as implicações da adoção destas reservas, sobretudo quanto à sanção que será aplicada ao portador do título que não o apresente para pagamento na data do vencimento. Afinal, será o portador, neste caso, sancionado com a perda do direito de regresso ou com o dever de ressarcir perdas e danos sofridos por algum interessado? A discussão é abordada com proficuidade por Luiz Emydgio Franco da Rosa Jr. (in Títulos de Crédito, 5a Edição, 2007: Editora Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, p. 357, nota de rodapé nº 30).

Por fim, aqui vai uma dica para o candidato: nunca diga que a norma de regência supletiva da LUG é o Código Civil de 2002. A redação de seu art. 903 pode levar a essa equivocada conclusão. Afinal, este dispositivo prevê que "Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código". A norma de regência supletiva da LUG é o

Decreto 2.044, de 31 de dezembro de 1908, também chamado de Lei Cambiária Interna. Cuida-se, aliás, de diploma legal de notória qualidade técnica, qualidade esta que viria a postergar a internalização da LUG em nosso sistema por mais de 20 (vinte) anos. Lembre-se que a Convenção de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias foi subscrita, por nota da Legação de Berna, em agosto de 1942. Porém, apenas foi aprovada pelo Decreto Legislativo 54, de 1964, e apenas foi promulgada pelo Decreto 57.663, de 24 de janeiro de 1966.

Abra a LUG e as demais leis aplicáveis e deixe tudo pronto para fazer a sua resposta. Respire, prepare o seu antebraço para escrever por quase uma hora e mãos à obra!

(XXXI CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO EMPRESARIAL -2009) *2ª Questão - Após o decurso do prazo previsto no artigo 6º, § 4º da Lei 11.101/05 e com base nas normas constitucionais do artigo 114, incisos de I e IX, é possível que o Juízo Trabalhista determine prosseguimento de atos executórios em reclamação de crédito trabalhista já incluído no quadro geral de credores de processo de Recuperação Judicial? Dê resposta objetivamente justificada.*

Autor: Matheus Rezende

Sugestão de resposta

A Lei de Falência e Recuperação Judicial, (Lei no 11.101.05) colocou fim ao antigo e nefasto instituto da concordata, substituindo-o pela recuperação judicial. Esta tem por especial objetivo ajudar o devedor, que se encontra em crise econômico-financeira, cuja recuperação mostra-se viavel, a se reestabelecer no mercado. Trata-se de instituto que prioriza o princípio da conservação da empresa, uma vez que efeitos mais prejudiciais podem advir da decretação da falência (art. 47, da LFR). Ao invés de partir imediatamente para a "quebra" da sociedade empresária, o que gera consequências desastrosas tanto para o devedor, quanto para os seus credores, faculta-se ao devedor, após uma demonstração real de possibilidade de recuperação, a oportunidade de se reerguer.

Constatada a dificuldade econômico-financeira, o devedor poderá requerer judicialmente a sua recuperação judicial, a fim de que lhe seja concedido um prazo para, em suma, renegociar suas dívidas e viabilizar a sua manutenção no mercado. Com o intuito de ajudar a sociedade em crise, a legislação determina que deferido o processamento da recuperação judicial, todas as ações de execução propostas em face do devedor ficarão suspensas pelo prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta dias) - art. 6°, caput e §4°, da LFR. Essa medida é de salutar importância, haja vista que execuções em curso, inclusive, com penhora de bens da devodora podem agravar a crise econômica e invibilizar, de vez, qualquer possibilidade de qualquer recuperação.

O art. 6°, §4°, da LFR ao afirmar que o prazo de suspensão das execuções de 180 (cento e oitenta dias) é improrrogável. De acordo com a interpretação literal do dispositivo, conclui-se que expirado o prazo, as execuções voltam a tramitar normalmente.

Entretanto, esse método de interpretação, pode trazer enormes consequências negativas para o devedor e para terceiros. Isso porque, conforme afirmado, o principal objetivo da Lei 11.101/05 é viabilizar a recuperação econômica da sociedade, que está à beira de ir à falência. Como é cediço, a falência acarreta inúmeros prejuízos ao devedor e, também, à toda sociedade. Como exemplo, pode-se citar: vários trabalhadores serão dispensados, contratos de obra-prima serão desfeitos, etc.

Com base no princípio da conservação da empresa e, subsidiariamente, nos paradigmas do CC/02 da socialidade e da operabilidade, a possibilidade de manutenção da atividade empresária no mercado reafirma a função social da empresa e é salutar do ponto de vista econômico, social e trabalhista. Não é interessante para o Estado, para a sociedade e, principalmente, para o devedor e seus credores a decretação da falência e a instauração de um concurso universal de credores.

Em consonância com esses princípios, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado de que o decurso do prazo de 180 (cento e oitenta dias), por si só, previsto no art. 6°, §4°, da LFR, não é capaz de ensejar a retomada imediata das execuções contra o devedor. Logo, poderá haver uma extrapolação do prazo, desde que demonstrado, concretamente, que pode haver êxito no final da recuperação judicial.

O STJ analisa, ainda, se o devedor está de boa-fé ou má-fé ao cumprir as obrigações constantes do plano de recuperação judicial. Explica-se: a exegese do dispositivo legal é assegurar a rápida solução da recuperação judicial. Caso o juiz constate que o devedor, maliciosamente, está se valendo do plano de recuperação judicial para se beneficiar da suspensão das execuções, o art. 6°, §4°, da LFR deve ser plenamente aplicável. Portanto, nessa hipótese, após o transcurso do prazo legal as execuções devem ser retomadas. Isso porque, ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Por outro lado, uma vez certificado que o devedor está contribuindo para o rápido e eficaz trâmite da recuperação judicial e que o atraso na conclusão do processo não seja culpa sua, a retomada das execuções não deve ser imediata. Logo, a suspensão das execuções deve perdurar por mais de 180 dias.

Em outras palavras, o STJ tem interpretado o prazo de suspensão da execução do art. 6°, §4°, da LFR cum grano salis. Apenas a situação concreta é que deve balizar a decisão do juiz, de acordo com a culpa ou não do devedor no cumprimento das obrigações e conclusão do plano de recuperação judicial.

O Tribunal da Cidadania também aplica o entendimento apresentado para as execuções trabalhistas. Ou seja, a regra dos 180 (cento e oitenta) dias também é mitigada, de modo que mero decurso do prazo legal não pode ser usado como fundamento para o prosseguimento das execuções na Justiça do Trabalho. Isso porque, a preservação dos interesses dos trabalhadores não pode ser absoluta. Embora os créditos trabalhistas ostentem natureza alimentar, o prosseguimento das execuções trabalhistas pode colocar em risco toda a evolução e tentativa de superação da crise do devedor em prol do atendimento de interesses meramente privados. Assim, em uma ponderação de interesses e levando-se em conta a boa-fé do devedor na conclusão da recuperação judicial, não é plausível que a regra legal seja interpretada literalmente.

Ademais, eventual decretação da falência poderá gerar efeitos negativos ainda para os credores com execuções trabalhistas em curso, uma vez que com a quebra haverá a instauração do concurso universal de credores. Muito embora os créditos trabalhistas sejam os primeiros na classificação do art. 83, I, da LFR, é relevante mencionar que todas as obrigações contraídas pelo devedor na vigência do plano de recuperação judicial terão preferência para pagamento, pois são créditos extraconcursais (art. 67, da LFR). Portanto, além de a aplicação literal do dispositivo da Lei de Falência poder gerar efeitos negativos ao próprio exequente trabalhista, que corre o risco de ter a expectativa de seu crédito frustrado; ela, certamente, fulminará o desenvolvimento e conclusão de um plano de recuperação judicial que poderia ser exitoso.

Conclui-se que o melhor entendimento deve ser o do STJ que determina uma mitigação do art. 6º, §4º, da LFR, com base nos princípios da função social da atividade empresária e da conservação da empresa. Ademais, por todos os argumentos expostos, tal prosseguimento das execuções trabalhistas suspensas deve ser decidido pelo juízo que concedeu a recuperação judicial. A Justiça do Trabalho não tem competência para determinar a retomada do trâmite dessas execuções.

Comentário 1

Ao responder qualquer questão de Direito Privado, incluindo o Direito Empresarial, é importante dominar os paradigmas do Código Civil de 2002: eticidade, socialidade e operabilidade. Também vale revisar o tripé de Miguel Reale: fato, valor e norma. Isso ajuda o candidato a repensar toda a estrutura do Direito Privado e a interpretar as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

Comentário 2

Para estudo do Direito Empresarial para concursos públicos, recomenda-se a leitura do livro "Direito Empresarial Esquematizado" de André Luiz Santa Cruz Ramos.

Comentário 3

André Luiz Santa Cruz Ramos, na obra citada acima, tem interessante raciocínio, que, inclusive, encontra respaldo em julgado do STJ (AgRg no CC 110.250/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08/09/2010). Não é a posição que se recomenda adotar em provas, pois trata-se de entendimento minoritário na doutrina e jurisprudência. Todavia, em razão da relevância do raciocínio jurídico, vale transcrever a observação do autor:

"...Na nossa opinião, o entendimento do STJ é equivocado. Veja-se que o tribunal tem aplicado a suspensão do §4º após a aprovação do plano de concessão da recuperação judicial, o que é sem sentido. Explico: uma vez aprovado o plano, há uma novação dos créditos a ele submetidos, e a decisão que o homologa constitui novo título executivo em favor dos credores. Assim, as eventuais execuções contra o devedor, que estavam suspensas, deve ser

oportunamente extintas, e cada credor receberá seu crédito por meio de pagamentos espontâneos do devedor, nos termos do plano.." (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. DIREITO EMPRESARIAL ESQUEMATIZADO. Ed. Método. 2a edição. 2012: P. 717).

Comentário 4

Precedentes do STJ que mitigam o prazo do art. 6º, §4º, da LRF são citados na obra de RAMOS, André Luiz Santa Cruz. DIREITO EMPRESARIAL ESQUEMATIZADO. Ed. Método. 2a edição. 2012: P. 716. Dentre eles: AgRg no CC 101.628/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 25/05/2011; CC 112.799/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/03/2011.

DIREITO PENAL

6.1. PROVAS PRELIMINARES

(XXXIII CONCURSO – PROVA PRELIMINAR – 2014) *1ª Questão – Direito Penal- Estabeleça a definição dos chamados delitos de intenção, inclusive com exemplos. Dentro dessa categoria, aponte a diferença entre os crimes de resultado cortado e os crimes mutilados de dois atos. Resposta objetivamente fundamentada.*

Autor: Marco Antônio Reis

Sugestão de resposta

Os delitos de intenção (Absichtsdelikten) ou de tendência interna transcendente se definem por uma intenção do autor, ínsita ao plano subjetivo deste, de realizar uma finalidade específica, a qual, apesar de expressa na descrição do tipo de injusto, não precisa se realizar no caso concreto para a consumação do delito, como, exemplificativamente, a intenção de ocultar desonra própria (art. 134, CP) ou o fim de obter para si ou para outrem qualquer vantagem como condição ou preço do resgate (art.159, CP). Enquanto nos delitos de resultado cortado o autor objetiva a realização de um resultado que ultrapassa a descrição típica, cuja superveniência é irrelevante à consumação do delito e que para ser atingido não depende de um segundo agir do autor, nos delitos mutilados de dois atos, ao revés, o atingimento do resultado visado e exigido pelo tipo de injusto depende da realização de um agir ulterior pelo autor.

Comentário 1

Os delitos de intenção também são comumente chamados de delitos de tendência interna transcendente (Delikte mit überschießenderInnentendenz), conforme assinala Christina Geissler:

"Tipos cujos elementos típicos subjetivos não encontram correspondência no tipo objetivo são delitos com tendência interna transcendente" [Tradução livre de: Tatbestände, deren subjektive Tatbestandsmerkmale keine tatbestandliche Entsprechung im objektiven Tatbestand finden, sind Delikte mit überschiessender Innentendenz. In: Strukturen betrugsnaher Tatbestände. Zur Legitimation und Begrenzung modernen Wirtschaftsstrafrechts. Peter Lang, 2010, p. 106, nota de rodapé 168].

Comentário 2

A classificação, conforme pontua a resposta, já é encontrada no manual de Edmund Mezger, que inclui os delitos de intenção como uma das hipóteses ou casos da existência de elementos subjetivos do injusto penal. E, particularmente, dentro da categoria dos delitos de intenção insere os delitos de resultado cortado (kupierten Erfolgsdelikten) e os chamados delitos mutilados - ou mais literalmente 'atrofiados' - de dois atos (verkümmertzweiaktigen Delikten). Eis as palavras de Mezger:

"Os casos clássicos daqueles elementos subjetivos do injusto na fundamentação do injusto aparecem no direito aplicável em três formas: 1. No caso dos chamados delitos de intenção. A subtração de uma coisa móvel alheia só é um furto, segundo o art. 242 do Código Penal alemão, se ela (a subtração) se der na 'intenção' subjetiva para se apropriar ilegalmente daquela. Incluem-se, porém, entre os delitos de intenção, nomeadamente, aqueles casos que se tem chamado de 'delitos atrofiados de dois atos', nos quais o autor faz algo como meio para um agir próprio ulterior: assim, p.ex, quem falsifica moeda ‚para', de acordo com o art. 146 do CP alemão, utilizá-la como verdadeira. Além disso, os 'delitos de resultado cortado', nos quais o autor faz algo para que com isto um efeito ulterior ocorra: assim, p.ex, quando ele, de acordo com o art. 229 do CP alemão, dá veneno para danificar a saúde". [Tradução livre de: 'Die „klassischen" Fälle derartiger subjektiver Unrechtselemente bei der Unrechtsbegründung erscheinen im geltenden Recht in drei Formen: 1. Bei den sog. Absichtsdelikten. Die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache ist nach § 242 StGB Diebstahl nur dann, wenn sie in der subjektiven „Absicht" geschieht, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen. Zu den Absichtsdelikten zählen dann aber namentlich diejenigen Fälle, die man als „verkümmert zweiaktige Delikte" bezeichnet hat, bei denen der Täter etwas tut als Mittel zu eigenem weiteren Tun: so z.B. wer Geld fälscht, „um" es nach §146 StGB als echtes zu gebrauchen. Ferner die "kupierten Erfolgsdelikte", bei denen der Täter etwas tut, damit eine weitere Folge eintrete: so z.B. wenn er nach § 229 StGB Gift gibt, „um" die Gesundheit zu beschädigen' - In: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. 8. Ed. München/Berlin: CHBeck'sche, 1958, p. 87];

Comentário 3

Exemplos dados pelo manual de um dos examinadores do concurso: no caso dos delitos mutilados de dois atos: art. 207, CP; no caso dos delitos de resultado cortado (CP, art. 131, CP). Como exemplos dos delitos de intenção, os acima declinados na resposta. Assinala o autor: "A diferença para os delitos de resultado cortado reside na necessidade de, nos delitos mutilados de dois atos, realizar o agente uma nova conduta para conseguir satisfazer esse objetivo especialmente demandado pelo tipo". (in: JOPPERT, A.C. Fundamentos de Direito Penal. Parte Geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1367-137).

Comentário 4

Repare o candidato que (i) a questão só exige exemplos de delitos de intenção, mas não exige o fornecimento de exemplos de delitos mutilados de dois atos e de resultado

cortado. Isto é importante porque o espaço de resposta deve ser bem utilizado. É de se observar, também, que (ii) a pergunta não quer uma definição de cada uma dessas últimas categorias (delitos mutilados de dois atos e de resultado cortado). Ao revés, a indagação quer apenas a diferença entre uma e outra. O essencial à questão, portanto, é o seguinte: (a) definição dos delitos de intenção e, ao menos, dois exemplos; (b) explicação da diferença entre as categorias acima descritas, sem a necessidade de exemplo. Tais pontos satisfazem a indagação. Caso o candidato conseguisse sintetizar tais informações, de modo que sobrasse, ainda, algum espaço de resposta, seria de bom alvitre a inserção de informações adicionais que reforçam a convicção do examinador quanto ao domínio da matéria.

(XXXIII CONCURSO – PROVA PRELIMINAR – 2014) 2ª Questão – Direito Penal – *Felix, inconformado com a constante indiferença de seu pai César e decidido a se vingar, resolve aplicar um vigoroso desfalque nas contas de seu genitor, este nascido em 07/01/1954. Para tanto, no início da madrugada de 06/01/2014, aproveitando-se do fato de ter ciência da senha do cofre particular de César na residência habitada por ambos, Felix subtrai de seu interior uma folha de cheque da conta corrente de seu pai, devidamente assinada pelo último, sem beneficiário e com a ordem de pagamento da quantia de R$ 70.000,00 (setenta mil reais), sendo, naquele mesmo dia, o referido título cambial depositado por Felix em sua própria conta bancária. Vinte e quatro horas depois do depósito, o título de crédito rapinado é compensado, sendo o desfalque financeiro prontamente constatado por César, que pretendia usá-lo para o pagamento de um novo carro. Fato é que, consultando as imagens do circuito interno de TV de sua residência, César acaba por descobrir toda a ação de Felix, que, uma vez interpelado, confessa sem qualquer remorso a conduta por ele praticada. Por conta da pronta admissão dos fatos por Felix, César revela profundo desapontamento, alegando sempre ter confiado cegamente no primeiro, por considerá-lo como um filho, muito embora tenha, por vezes, duvidado de sua paternidade em relação a Felix, dada a enorme discrepância na aparência física e no temperamento entre eles. Diante da bombástica revelação, Felix demonstra veemente indignação com as suspeitas levantadas por seu pai acerca de sua filiação. Tanto é que, após áspera discussão, resolvem ir juntos para uma clínica particular para a realização de exame de DNA. Certo é que, dias depois, o citado exame genético conclui que a desconfiança de César procedia, já que Felix não é seu filho biológico, muito embora este tenha até então acreditado piamente nisso. Considerando que César não foi ressarcido do prejuízo por ele suportado, analise as consequências jurídico-penais da conduta de Felix. Resposta objetivamente fundamentada.*

Autora: Roberta Jorio

Sugestão de resposta

Em tese, há descrição de furto qualificado pelo abuso de confiança (art. 155, § 4°, inciso II, do CP), praticado durante o repouso noturno (aplicação do § 1° do art. 155 ou considerá-lo como circunstância judicial na pena-base). Ocorre que há possível

incidência de escusa absolutória no caso (art. 181, inciso II, do CP). Inicialmente, em que pese entendimento contrário, considera-se que o cheque preenchido e assinado pode ser objeto material do crime de furto, aplicando-se, assim, a teoria da atividade (art. 4º do CP), para concluir que o crime ocorreu quando a vítima tinha 59 anos, o que afasta a incidência do art. 183, inciso III, do CP. Em seguida, estabelece-se que a escusa absolutória assume caráter objetivo - independe da impressão pessoal do agente -, segundo entendimento majoritário, o que, a princípio, a afastaria no caso sob análise. Por fim, a previsão legal merece interpretação estritiva, a despeito de entendimento que admite analogia in bonam partem para alcançar a paternidade socioafetiva.

Comentário

A questão versa sobre inúmeras controvérsias, que devem ser abordadas superficialmente, tendo em vista o exíguo espaço para a resposta. É importante que o candidato seja claro que conhece os pontos divergentes e que seja organizado. Apesar de, normalmente, ser interessante que o candidato se posicione logo ao início da questão, como, neste caso, há uma série de discussões a serem abordadas, vale a pena que o candidato apenas aponte a sua conclusão desde logo, sem se firmar de forma absoluta nesta convicção.

(XXXIII CONCURSO - PROVA PRELIMINAR - 2014) *3ª Questão - Direito Penal - Joaquim ajuizou uma ação indenizatória cível pleiteando danos morais em face de determinada concessionária de serviços de telefonia móvel, instruindo seu pedido com uma certidão falsificada pelo próprio, na qual constava o seu nome como inscrito em um cadastro geral de devedores inadimplentes, o que teria se dado por iniciativa indevida da mencionada empresa. No decorrer do itinerário processual, obedecido o amplo contraditório, a apontada fraude não restou descoberta, já que a própria pessoa jurídica, por desorganização de seus quadros administrativos, acreditou na veracidade do documento. Isso porque Joaquim frequentemente atrasava o pagamento de suas contas mensais, o que ocasionava o envio de reiteradas advertências quanto à possibilidade de encaminhamento de seus dados aos órgãos de proteção ao crédito, embora isso jamais tivesse ocorrido. Ao final da demanda, o pedido foi julgado procedente, com a consequente condenação da ré e fixação dos valores pleiteados. Seis meses após o trânsito em julgado do provimento jurisdicional, a pessoa jurídica sucumbente obteve dados irrefutáveis que atestaram a falsidade do documento utilizado por Joaquim no processo original, tendo, por tal razão, ingressado com ação rescisória (artigo 485, III e VI, do Código de Processo Civil) visando desconstituir a coisa julgada material, o que, efetivamente, veio a ocorrer. No corpo do acórdão rescisório, ficou determinada a extração de cópias do expediente e posterior remessa ao Ministério Público, para a apuração dos crimes de Estelionato Judiciário e Fraude Processual. Na qualidade de Promotor de Justiça com atribuição natural, formule a correspondente opinio delicti, tipificando a conduta de Joaquim, sem necessidade de elaboração de peça processual. Resposta objetivamente fundamentada.*

Autora: Roberta Jorio

Sugestão de resposta

Com relação ao crime de fraude processual, capitulado no art. 347 do CP, os fatos descritos não revelam tipicidade, na medida em que não houve inovação artificiosa no estado de lugar, coisa ou pessoa. Já em relação ao estelionato (art. 171 do CP), há controvérsia. De fato, corrente capitaneada pela jurisprudência do STJ defende a inexistência do chamado estelionato judiciário, uma vez que haveria de se garantir o acesso à justiça em sua plenitude e eventual deslealdade processual deveria ser remediada pelas sanções descritas na lei processual. Adotando-se esta visão no caso, restaria apenas a punição pela falsidade de documento particular, descrita no art. 298 do CP. Ocorre que abalizada e acertada doutrina defende a possibilidade de tipificação da conduta do estelionato judiciário, como forma de sancionar lides temerárias baseadas em falsos, reconhecendo que o fato de existir sanção civil não afastaria a responsabilidade penal ante a reprovabilidade do crime. Neste caso, a falsificação em questão seria absorvida pelo crime-fim, nos moldes da Súmula 17 do STJ.

Comentário

Nesta questão, é fundamental que o candidato demonstre conhecer a jurisprudência dos Tribunais Superiores em relação ao chamado "estelionato judiciário", porém apresente visão crítica. Destaca-se que o examinador não deixou de pontuar quem se filiou à orientação jurisprudencial prevalecente, desde que apresentasse fundamentos lógicos. O simples fato de se tratar de um exame de ingresso à carreira de Promotor de Justiça não significa que prevaleçam, sempre, os argumentos pró-acusação. Deve-se privilegiar a lógica do direito e a razoabilidade dos fundamentos utilizados. No mais, é importante que se conheça a forma de pensar do examinador, ainda que ele não tenha publicado nada sobre o tema da questão. Isso, por si só, pode ajudar a desvendar a postura que se deve adotar no enfrentamento do ponto.

(XXXII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2011) *1ª Questão – Direito Penal – Indique as possíveis consequências jurídico-penais do consentimento do ofendido e os requisitos para que possam ser validamente reconhecidas.*

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

São duas as consequências jurídico-penais possíveis: a) quando a descrição típica pressupõe, explícita ou implicitamente, o dissenso do titular do bem jurídico tutelado, o instituto funciona como causa de exclusão da tipicidade; b) quando a descrição típica não exige dissenso, mas verdadeira renúncia ao bem jurídico pelo disponente, o consentimento opera como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade. Entre os requisitos para o reconhecimento válido do consentimento do ofendido estão os seguintes: a) assentimento livremente manifestado pelo ofendido (ausência de coação,

fraude ou outro vício); b) o consentimento deve ser informado, isto é, o ofendido deve estar ciente das consequências da disposição do bem; c) capacidade de consentir, isto é, que quando do consentimento o ofendido seja capaz de compreender o significado e alcance real das consequências de seu ato; d) o caráter disponível do bem jurídico atingido ou exposto a perigo pelo consentimento; e) relação de identidade entre a conduta efetivamente prevista e a conduta típica realizada a fim de que esta não ultrapasse os limites do consentimento manifestado.

Comentário 1

Sobre o instituto do consentimento, Ulpiano já estabelecia que 'Nulla iniura est, quae in volentem fiat', isto é, o que acontece com a vontade do ofendido não é lesão. Segundo a doutrina, o consentimento do ofendido ora pode funcionar como causa de exclusão da tipicidade ou consentimento destipificante (Die tatbestandsausschließende Einverständnis) sob a forma de concordância, ora como causa de exclusão da ilicitude ou consentimento justificante (Die rechtfertigende Einwilligung). Como assevera Roxin, funciona como causa de exclusão de tipicidade naqueles casos em que 'a ação típica pressupõe já conceitualmente um agir contra ou sem a vontade do ofendido' [...bei denen die Tatbestandhandlung schon begrifflich ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Verletzten voraussetzt]. Por seu turno, o consentimento do ofendido como exclusão da antijuridicidade ou, no dizer de Roxin, o consentimento em sentido estrito, só deve ser concedido quando o consentimento do portador do respectivo bem jurídico tiver efeito de justificação, sem excluir a realização do tipo. Neste ponto, ainda segundo o autor, os exemplos mais significativos são os tipos penais de lesão corporal (como no caso da pergunta) e de dano. [in: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4.ed. München: CH Beck, 2006, p. 539-540]. Ou, ainda, nas palavras certeiras de Wessels "diferentemente do consentimento excludente do tipo, o consentimento justificante é por sua natureza uma renúncia à proteção jurídica. Seu âmbito de influência restringe-se, por isso, aos casos nos quais o ordenamento jurídico concede a possibilidade aos protegidos de fazer uso de seu direito de autodeterminação por meio da renúncia de seus bens". [Anders als das tatbestandsausschließende Einverständnis ist die reschtfertigende Einwilligung ihrem Wesen nach ein Verzicht auf Rechtsschutz. Ihr Wirkungsbereich beschränkt sich daher auf Fälle, in denen die Rechtsordnung dem Geschützten die Möglichkeit einräumt, von seinem Selbstbestimmungsrecht durch Preisgabe seiner Güter Gebrauch zu machen" - In: WESSELS/ BEULKE. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. 39.ed. Heidelberg: CF Müller, 2009, p.130].

Comentário 2

Resposta baseada na obra de Alexandre Araripe Marinho e André Guilherme Tavares de Freitas. O primeiro, examinador da banca de direito penal do concurso em questão. In: Manual de Direito Penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.310.

(XXXII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2011) 2ª Questão - Direito Penal -Considerando a jurisprudência atual dos Tribunais Superiores (STJ e STF) a respeito do tema, responda justificadamente: a) Pode a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal ser reconhecida se o agente retratou em juízo a confissão feita perante a autoridade policial?b) Uma vez reconhecida, pode a atenuante da confissão espontânea compensar a agravante da reincidência no momento da fixação da pena em concreto?

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

a) Se a confissão extrajudicial foi efetivamente utilizada para embasar a sentença condenatória, a atenuante da confissão espontânea deve ser aplicada (art. 65, III, d, do CP), mesmo que posteriormente haja retratação em juízo. **b)** A circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea a teor do art. 67 do CP. Se "no concurso de agravantes e atenuantes a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais, as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência", então é cediço que o código penal dispensa maior peso às circunstâncias subjetivas e, entre estas, está a reincidência.

(XXXII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2011) 3ª Questão - Direito Penal - Ao sair de uma boate de madrugada andando por uma rua deserta e mal iluminada, Vespúcio viu cruzar a esquina e caminhar em sua direção Caio, antigo desafeto e autor de inúmeras ameaças pretéritas de morte. Tão logo avistou Vespúcio, Caio colocou a mão direita dentro de seu paletó com um sorriso nos lábios. Apavorado e supondo estar na iminência de ser mortalmente agredido, Vespúcio sacou seu revolver cal. 38, do qual tinha regular registro e autorização para porte, com o qual efetuou um único disparo contra seu desafeto, atingindo-o na coxa direita e fazendo-o tombar ao solo. Após o disparo, Vespúcio aproximou-se de Caio e constatou que, na verdade, seu declarado inimigo estava desarmado e que o objeto que pretendia tirar do bolso de seu paletó era um lenço branco, destinado a selar simbolicamente a paz entre os dois, conforme lhe foi dito pelo próprio ferido. Nada obstante a essa surpreendente constatação e à revelia das súplicas de Caio por socorro, Vespúcio, dominado pelo rancor acumulado durante os longos anos de rivalidade, resolve abandoná-lo à própria sorte, deixando o local, embora fosse perfeitamente possível prestar-lhe assistência ou, no mínimo, solicitar socorro pelo telefone celular que portava. Sem qualquer assistência médica, Caio agonizou na rua deserta, vindo a falecer em consequência de grave hemorragia, por ruptura da artéria femoral. Quais serão as consequências jurídico-penais para Vespúcio, decorrentes do episódio narrado? RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

Vespúcio responderá pelo crime de homicídio doloso consumado qualificado por motivo torpe. Inicialmente, as circunstâncias do caso concreto tornam o erro (invencível) de Vespúcio sobre a existência dos pressupostos objetivos de uma causa de justificação (descriminante putativa prevista no art. 20, parágrafo 1°, CP). Todavia, a conduta de Vespúcio encerra omissão imprópria, quando, já ciente de seu erro, prefere deixar Caio à própria sorte, assumindo o risco da superveniência do resultado morte (CP, art. 18, I, in fine). Isto porque Vespúcio estava (i) investido do poder fático para salvar a vida de Caio e (ii) premido pelo dever de agir para evitar o resultado, visto que era agente garantidor em virtude de ter criado o risco do resultado morte com o seu comportamento anterior, sendo, neste particular, desimportante que a conduta anterior seja ou não dolosa ou culposa.

Comentários

(1) *O item 17 da exposição de motivos do Código Penal Brasileiro assim dispõe sobre a hipótese do art. 20, parágrafo 1°: "Com efeito, acolhe o Projeto , nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (Tatbestandsirrtum) e erro sobre a ilicitude do fato (Verbotsirrtum). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art.21), mantendo-se no tocante às descriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada 'teoria limitada da culpabilidade'(Culpabilidade e a problemática do erro jurídico penal', de Francisco de Assis Toledo, in: RT 517/251). Destarte, segundo a chamada teoria limitada da culpabilidade (eingeschränkte Schuldtheorie), adotada pela exposição de motivos do CP, esta hipótese da questão perfaz, naquele primeiro momento, um erro de tipo permissivo, e não de proibição (como quer a teoria extremada da culpabilidade), o qual, in casu, por ser invencível, não geraria sequer responsabilidade a título culposo. Parcela da doutrina ainda sustenta que, a rigor, o art. 20, parágrafo 1° do CP trata de um erro de proibição em virtude de uma decorrência da adoção do finalismo ortodoxo, a saber: a chamada teoria extremada da culpabilidade (Die strenge Schuldtheorie). Tal posição, porém, é de se abandonar, pois é o próprio legislador em sua exposição de motivos quem não lhe dá prevalência. Ademais, a teoria extremada desconhece a diferença valorativa da conduta do agente que incorre num erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação. Quem o faz nesta situação, faz em razão de uma finalidade fiel ao ordenamento jurídico. A objeção de que o agente incidente num erro sobre a concorrência dos pressupostos objetivos de justificação teria um dever de exame cuidadoso esbarra na constatação de que quem incorre num injusto em virtude de não ter examinado tais circunstâncias de modo cuidadoso não pode agir com dolo, mas sim com culpa. (2) A hipótese do art. 13, parágrafo 2°, alínea c, contudo, encerra debate acadêmico. A chamada hipótese da Ingerência (Ingerenz) não encontra uniformidade no que diz respeito aos seus requisitos. No que diz respeito à questão, é de se salientar que o examinador da banca à época possui obra na qual estatui o seguinte: " A terceira hipótese de responsabilidade penal por omissão é a do sujeito que 'com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado'. (...) Por outro lado, não importa que o comportamento anterior do agente causando o perigo*

seja doloso ou culposo, ou ainda, mesmo sem culpa ou dolo. Presente o perigo da ocorrência do resultado lesivo, tendo o agente conhecimento desta situação, e sabendo que foi ele a fonte do perigo, estará presente o dever de agir para impedir eventual dano a bens jurídicos alheios. Isto não significa dizer que o agente necessariamente irá responder pelo resultado lesivo ocorrido, visto que ainda se deve perquirir se houve dolo ou culpa em sua omissão" (In: MARINHO, A.A; FREITAS, A.G.T. de. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 181). Segundo esta visão, Vespúcio teria, de fato, com seu comportamento anterior, criado risco ao bem jurídico. A questão na doutrina, porém, é controvertida. Hans-Joachim Rudolphi exige que o comportamento anterior seja antijurídico. Neste sentido o BGH já decidiu nos seguintes termos: "quem em legítima defesa (§ 32 StGB) lesiona o agressor, via de regra, não é garantidor do corpo ou da vida do agressor" [Wer in erlaubter Notwehr (§ 32 StGB) den Angreifer verletzt, ist in der Regel, kein Garant für Leib oder Leben des Angreifers] (BGH St 23, 327 f). Há quem, contudo, exija critérios mais restritivos. Juarez Tavares, seguindo critério de Roxin, assevera que os pressupostos para a afirmação da ingerência dizem respeito aos pressupostos do processo de imputação objetiva e podem se manifestar nos casos: (i) limitação objetiva da causalidade; (ii) risco permitido; (iii) âmbito de responsabilidade do sujeito e (iv) licitude do fato (in: Teoria dos crimes omissivos. Marcial Pons, 2012, p. 333). (3) Ressalte-se, a título de advertência, que o projeto Sarney para um novo Código Penal traz alteração na forma como este tipo de erro é tratado atualmente. Eis a redação do art. 35, parágrafo 3º: "Art. 35. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, exclui a culpabilidade.(...) § 3º Aplica-se o disposto neste artigo às hipóteses em que o agente supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. (4) Em questões extensas como esta, faz-se essencial ao candidato ler e reler o enunciado, inclusive, sublinhando, conforme propomos, as expressões e termos mais significativos que ora denotam a (i) a torpeza do motivo e a natureza do dolo: "dominado pelo rancor acumulado durante os longos anos de rivalidade, resolve abandoná-lo à própria sorte" (ou seja, em primeiro lugar o rancor afirma a torpeza, pois viola o sentimento ético comum matar aquele que desejava fazer as pazes por mero ressentimento, e e por meio de conduta omissiva dolosa, assume o risco de que seu desafeto morra de hemorragia. Caso o dolo fosse direto, poderia Vespúcio tê-lo matado com mais alguns tiros); (ii) a possibilidade fática concreta de agir: "embora fosse perfeitamente possível prestar-lhe assistência ou, no mínimo, solicitar socorro pelo telefone celular que portava"; (iii) a invencibilidade do erro no primeiro momento: "antigo desafeto e autor de inúmeras ameaças pretéritas de morte.... de madrugada andando por uma rua deserta e mal iluminada... Caio colocou a mão direita dentro de seu paletó com um sorriso nos lábios. Apavorado e supondo estar na iminência de ser mortalmente agredido.

(XXXI CONCURSO – PROVA PRELIMINAR – 2009) *1ª Questão – Direito Penal– Nodia 06 de agosto de 2009, cerca das 16h, durante revista realizada para o ingresso de visitantes na POLINTER, a inspetora FLAVIA encontrou e apreendeu um aparelho de telefone celular que MARIA, companheira de JOÃO, preso preventivamente naquela unidade por prática de latrocínio e tráfico de drogas, havia ocultado na cavidade vaginal. O aparelho foi descoberto porque MARIA foi obrigada pela inspetora a desnudar-se*

e agachar-se para revista íntima. Ao ser detida, MARIA alegou que fora coagida a introduzir o celular na carceragem pelo próprio JOÃO, chefe do tráfico de drogas no "Morro da Zoeira", que ameaçou estuprar e matar sua filha ANTONIA, com doze anos de idade, fruto de outra relação amorosa, caso não cumprisse a determinação. Em sede policial, sabendo que MARIA havia sido detida, compareceu sua amiga MARCIA, que confirmou as ameaças feitas por JOÃO, aduzindo que se tratava de um sujeito "muito violento", que "costumava bater em MARIA e ANTONIA" e que esta última havia "apanhado" recentemente e ainda apresentava marcas de escoriações no corpo. Temerosa, MARIA disse que não desejava tomar qualquer providência, preferindo "esquecer o acontecido". A autoridade policial liberou MARIA, entendendo que ela havia atuado sob coação moral irresistível e lavrou termo circunstanciado, indiciando a inspetora FLAVIA pela prática de constrangimento ilegal (art. 146 do Código Penal), sob o argumento de que "a Constituição proíbe a realização de revista íntima, porque ela fere o princípio da dignidade da pessoa humana". Analise as condutas de MARIA, JOÃO e FLAVIA e indique a(s) providência(s) que deve(m) ser tomada(s) pelo Promotor de Justiça ao receber os autos com vista. Resposta objetivamente justificada.

Autor: Uriel Fonseca

Sugestão de resposta

Em primeiro lugar, quanto a Maria, o fato é atípico, na medida em que a Lei n.º 12.012/09, que acrescenta o art. 349-A ao Código Penal e tipifica a conduta por ela perpetrada, entrou em vigor somente no dia 07/08/09, razão pela qual não se aplica ao caso em tela (art. 1º do CP). Com relação à inspetora Flávia, a melhor orientação, entre autores e tribunais, verifica a necessidade de ponderação do direito à intimidade com o direito à segurança pública para assegurar a constitucionalidade da chamada "revista íntima", não se constatando qualquer ilícito penal na conduta sob exame, do que se extrai o necessário arquivamento do termo circunstanciado instaurado. Por fim, com relação a João, a grave ameaça imposta à vítima Maria denota constrangimento ilegal (art. 146 do CP), havendo de se requisitar a instauração de termo circunstanciado. No mais, o relato das lesões sofridas por sua companheira e sua enteada impõe a requisição para instauração de Inquérito Policial em função da prática do crime do art. 129, § 9º, do CP, eis que tal ilícito, segundo acertada ótica da doutrina e da jurisprudência, independe de representação da ofendida, por força do art. 41 da Lei 11.340/06.

Comentário

A questão aborda uma série de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, exigindo do candidato capacidade de concisão, de organizar adequadamente suas ideias e de tomar partidos com firmeza. Há de se ter especial atenção nas datas que, eventualmente, constarem dos enunciados propostos. Observe-se que, a despeito de, efetivamente, Maria ter agido sob coação moral irresistível, não há crime a se apurar, eis que o tipo penal do art. 349-A do CP é posterior aos fatos. Vale registrar que, para o preso, a utilização de aparelhos

telefônicos em estabelecimentos penais constitui tão somente falta grave, não novo crime, não havendo que se falar na participação de Maria em ilícito penal diverso. Quanto à conduta imputada à inspetora Flávia, há intensa discussão acerca da constitucionalidade da "revista íntima", ainda que regularmente realizada por agentes penitenciárias mulheres, sem excessos a se considerar. Há precedentes nos tribunais que reconhecem ser legítima a medida, enquanto não houver, nos presídios brasileiros, aparelhamento suficiente à garantia de segurança e de ordem (v., neste sentido, STF, RE 456.654/RS, Rel. Min. Dias Toffoli; TJRJ, EmbInf 0025701-50.2008.8.19.0204, Rel. Des. Cláudio Dell Orto). Por fim, com relação aos fatos imputados a João, notadamente as lesões corporais praticadas sob sua companheira e sua enteada, é interessante notar que a questão é anterior ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, no qual se firmou o entendimento de que, ao crime do artigo 129, § 9º, do CP, quando praticado no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, não se aplica o art. 88 da Lei n.º 9.099/95, admitindo-se como absolutamente constitucional a vedação contida no art. 41 da Lei 11.340/06 (v. STF, ADI 4424, Rel. Min. Marco Aurélio).

(XXXI CONCURSO – PROVA PRELIMINAR – 2009) *2ª Questão - Direito Penal- Desejando diminuir sua despesa mensal com a conta de energia elétrica, CARLOS, policial militar, contratou o eletricista PEDRO para efetuar alteração no medidor de consumo de sua residência, pagando a ele R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais). Executado o serviço, o consumo medido ficou reduzido em 1/3 em relação ao consumo real. Cerca de um ano e meio após, inspeção da Light S/A constatou o problema, tendo os funcionários da companhia providenciado o corte do fornecimento e retirado o medidor para encaminhamento à perícia. Ao ser alertado por vizinhos, CARLOS que estava de folga bebendo cerveja em um bar na esquina da rua onde morava, voltou para casa e, visivelmente embriagado, passou a ofender os inspetores da Light S/A com palavras de baixo calão dizendo aos mesmos que se registrassem ocorrência na D.P. o "bicho ia pegar". Diante da insistência dos funcionários da empresa fornecedora em levar o fato ao conhecimento da autoridade policial, CARLOS, furioso, descarregou a munição da pistola cal. .40 que portava, no automóvel de propriedade da empresa, estacionado na frente de sua casa. O automóvel ficou com vários furos na carroceria, pneus inutilizados e vidros quebrados. Analise as condutas acima descritas e indique o(s) crime(s) cometido(s). Justifique a resposta. RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.*

Autor: Leonardo Zulato

Sugestão de resposta

A primeira conduta de Carlos e Pedro se adéqua ao artigo 155, §§3º e 4º II (segunda figura) e IV do CP. A fraude posterior ao contrato com a concessionária permite aos agentes a subtração parcial da energia sem o conhecimento daquela. Para que fosse estelionato, a fraude deveria ser anterior e induzir a lesada a entregar energia em patamar que o agente não teria direito. Após, Carlos perpetrou desacato (art. 331 do CP) e a embriaguez não afasta o dolo desta conduta. A última conduta de Carlos se amolda ao art.

163, parágrafo único, III do CP c/c art. 15 da Lei n.º 10.826/2003 n/f art. 70 do CP. A subsidiariedade prevista no art. 15 deve ser afastada, pois o dano qualificado (mais abrangente) não é crime mais grave. Por fim, a resistência iniciada foi abandonada. Houve, destarte, progressão criminosa para o dano qualificado, devendo ser aplicada a consunção.

Comentário 1

Importante, de início, compreendera diferença entre o furto mediante fraude e o estelionato. Para tanto, transcreve-se um trecho da obra de Rogério Sanches Cunha com fincas a esclarecer a diferença:

O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. Naquele, a ***fraude visa a diminuir a vigilância da vítima e possibilitar a subtração. O bem é retirado sem que a vítima perceba que está sendo despojada****. No estelionato,* ***a fraude visa a fazer com que a vítima incida em erro e entregue espontaneamente o objeto ao agente****. A vontade de alterar a posse no furto é unilateral (apenas o agentes quer); já no estelionato é bilateral (agente e vítima querem). Grifos e negritos não constam no original - Manual de Direito Penal. Parte Especial. Volume Único. 6ª Edição. Editora JusPodivm, fls.275.*

A questão data de 16.08.2009. Hodiernamente, a tendência é adequar a primeira conduta ao estelionato. Esse tem sido o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, verbis:

Apelação Criminal. Sentença Condenatória. Furto de energia elétrica mediante fraude (Artigo 155, § 3º e 4º, II do Código Penal). Pena de 2(dois)anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10(dez) dias-multa, sendo a pena corporal substituída por uma restritiva de direitos e multa. Recurso defensivo (...) Possibilidade de Emendatio libelli nesta instância revisora. Inteligência dos artigos 383 e 617 do CPP. Na hipótese, trata-se de crime de estelionato positivado, ***eis que, no furto, o agente desvia a energia elétrica de sua fonte natural, fazendo uma ligação clandestina sem passar pelo medidor, e no delito em tela, o mesmo altera o dito relógio, mediante fraude, para que mostre resultado inferior do que o real consumado****. (...)RECURSO QUE SE NEGA PROVIMENTO E, DE OFÍCIO, DESCLASSIFICA A CONDUTA DELITIVA DOS AGENTES PARA O TIPO PENAL DO ARTIGO 171, CAPUT, DO CP, DETERMINANDO-SE A REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM PARA OPORTUNIZAR A PROPOSTA MINISTERIAL SE PRESENTES OS REQUISITOS PARA TANTO. (0026106-11.2011.8.19.0001 - APELACAO - DES. ANTONIO CARLOS BITENCOURT - Julgamento: 06/02/2014 - QUINTA CAMARA CRIMINAL)*

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou nesse mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NO TRIBUNAL A QUO. DEVOLUÇÃO INTEGRAL DO TEMA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ADULTERAÇÃO NO QUADRO DE ENERGIA ELÉTRICA. CRIME DE ESTELIONATO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA. (...)4. Configura o delito de estelionato a adulteração no medidor de energia elétrica, de modo a registrar menos consumo do que o real, fraudando a empresa fornecedora. (HC 67.829/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2007, DJ 10/09/2007)

Mas também há decisão em sentido contrário:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA MEDIANTE FRAUDE (ART. 155, § § 3º E 4º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). (...) DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ESTELIONATO. IMPOSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DAS ELEMENTARES DO DELITO DE FURTO QUALIFICADO PELA FRAUDE. (...) 8. A materialidade delitiva restou positivada através do laudo de exame de local e material, através do qual se constatou ¿uma irregularidade no medidor de consumo de energia elétrica configurada pelo fato de que as bobinas de potencial correspondentes às fases A e B não efetuavam o registro de consumo, ou seja, encontravam-se inoperantes. Durante o Exame Complementar realizado no Setor de Criminalística desta especializada, efetuou-se o deslocamento do bloco dos bornes, constatando que os fios dos circuitos de potencial correspondentes às referidas bobinas encontravam-se cortados, rente ao conector de entrada (linha), evidenciando uma manipulação intencional como causa determinante da irregularidade constatada no medidor de consumo de energia elétrica¿, o que impedia o aparelho de efetuar o registro real da energia elétrica consumida. (...) 12. No ponto, deve-se considerar que tais fatos teriam supostamente ocorrido em dezembro de 2005, e que, de acordo com o laudo pericial, duas das três fases do relógio medidor não registravam o consumo de energia elétrica, ou seja, o aparelho registrava apenas 1/3 (um terço) do consumo real de energia. (...) 20. O crime do art. 171 do Código Penal estaria configurado se a fraude antecedesse a entrega espontânea do bem ao agente criminoso, ou seja, se o ofendido, induzido a erro pelo agente criminoso, entregasse-lhe voluntariamente a coisa. 21. Na presente hipótese, a fraude foi realizada, sorrateiramente, após a entrega espontânea do bem por força de contrato firmado entre as partes, com o objetivo de subtrair parcialmente a coisa (energia), retirando-a da esfera de vigilância da empresa lesada, razão pela qual não há que se cogitar da pretendida desclassificação. (...) 30. Parcial provimento do recurso. (0237336-37.2009.8.19.0001 - APELACAO - DES. JOSE MUINOS PINEIRO FILHO - Julgamento: 12/11/2013 - TERCEIRA CAMARA CRIMINAL)

Portanto, importante que o candidato saiba a diferença entre o furto qualificado pela fraude e o estelionato. Esta questão é recorrente nos concursos públicos.

Comentário 2

O furto qualificado pela fraude narrado na questão é uma conduta única, a caracterizar o crime instantâneo de efeitos permanentes. Não se pode falar, assim, em continuidade delitiva ou concurso de crimes, na hipótese. Sobre o tema, esclarece a doutrina de Alexandre Couto Joppert:

Crimes instantâneos são os que se completam num só momento. A consumação se dá num determinado instante, sem continuidade temporal (ex.: lesão corporal, em que a ofensa ocorre num momento certo, consumando-se o delito). Crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo. O momento consumativo se protai no tempo (ex.: crime de seqüestro ou cárcere privado - art. 148 do CP - em que o crime continua em fase de consumação enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade). Não se pode confundir os crimes permanentes com os delitos instantâneos de efeitos permanentes. Nestes, a permanência dos efeitos não depende da vontade do agente. São na verdade crimes

instantâneos que se caracterizam pela índole duradoura de suas conseqüências. Aqui o delito se consuma em determinado instante e seus efeitos perduram à revelia do querer do delinqüente. - Fundamentos de Direito Penal. Parte Geral. 3ª Edição. Lumen Juris Editora, fls.124.

Comentário 3

Sobre a embriaguez no crime de resistência, desacato e ameaça, esclarece a doutrina de Rogério Greco:

"(...) Existe discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da influência da embriaguez do agente para efeitos de caracterização o delito de resistência. Uma primeira corrente aduz que a embriaguez teria o condão de afastar o dolo, eliminando, conseqüentemente, a infração penal. Existe posição, ainda, no sentido de que mesmo nos casos de embriaguez completa, não proveniente de caso fortuito ou força maior, deveria o agente responder pela infração penal praticada, aplicando-se, pois, a teoria da actio libera in causa.

Tal como discorremos quando do estudo do crime de ameaça, entendemos que a questão não pode ser colocada em termos absolutos. É claro que se o agente estiver embriagado a ponto de não saber o que faz, não teremos condições de identificar o dolo, principalmente se proferiu ameaças, no sentido de opor-se à execução do ato legal. Entretanto, se a embriaguez foi um fator que teve o poder de soltar os freios inibidores do agente, não podemos descartar a caracterização do delito.

(...)

Tal como ocorre em outras infrações penais, a exemplo do delito de resistência, discute-se se a embriaguez do agente teria o condão de eliminar o seu dolo e, conseqüentemente, afastar a infração penal em estudo. - Código Penal Comentado. Editora Impetus. 2ª Edição, fls. 787 e 795

Comentário 4

A subsidiariedade resolve o conflito aparente entre o tipo subsidiário e o tipo principal em favor do tipo principal. O tipo principal deve ser mais abrangente e mais grave, caso contrário a hipóteses será de concurso de crimes e não de aplicação do princípio da subsidiariedade e sim o concurso de crimes.

Esclarece Alexandre Araripe Marinho:

"(...) O princípio da subsidiariedade é aplicável quando houver um crime mais grave e mais abrangente do que um outro mais simples. Isto importará o fato de o tipo penal mais simples ser absorvido pelo mais grave. Neste caso, o crime menos grave e menos abrangente funciona como um tipo de reserva, só aplicável nas situações nas quais não existiriam, no fato natural, alguns dos elementos necessários para a aplicação do tipo mais abrangente. Por vezes, localizamos no ordenamento jurídico penal infrações mais abrangentes do que outras, porém menos graves, hipóteses em que não deverá ser aplicado o princípio da subsidiariedade, mas sim as regras relacionadas ao concurso de crimes (...) Marinho, Alexandre Araripe; e Freitas, André Guilherme Tavares, Manual de Direito Penal. 2ª Edição. Lumen Juris Editora, fls.517/584.

Comentário 5

Segundo o professor Alexandre Araripe Marinho, a progressão criminosa só ocorre na hipótese de desistência. Caso o crime esteja consumado, não se pode falar em progressão criminosa, mas em concurso de delitos (Marinho, Alexandre Araripe; e Freitas, André Guilherme Tavares, Manual de Direito Penal. 2ª Edição. Lumen Juris Editora, fls.146/147).

(XXXI CONCURSO - PROVA PRELIMINAR - 2009) *3ª Questão - Direito Penal - Em relação ao crime capitulado no art. 90, da Lei 8666/93 (Lei de Licitações): qual é a objetividade jurídica? b) É possível a tentativa? c) A vantagem pretendida pelo agente deve ser de natureza econômica?d) É de concurso necessário de pessoas?*

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

a) Sob a perspectiva genérica, é proteção da validade da norma, como postula Günther Jakobs. Sob um prisma específico, a objetividade jurídica é a proteção da dos interesses da Administração Pública, sejam patrimoniais ou morais, no que tange à competitividade, legalidade e lisura do procedimento licitatório. b) Uma vez que o crime é plurissubsistente, isto é, sua execução é suscetível de fracionamento em mais de um ato, perfeitamente admissível a tentativa. c) Não necessariamente. O tipo penal não o exige, assim como a vantagem pretendida pode vir a ser, por exemplo, a obtenção de uma técnica mais sofisticada aplicável a um produto ou serviço. d) Sim, mas apenas no que tange às hipóteses em que se menciona o ajuste ou a combinação como elementos essenciais à incidência da norma penal incriminadora, pois tanto o ajuste como a combinação supõem o concurso necessário de duas ou mais pessoas.

Comentário 1

Gabarito da letra a) baseado na doutrina do examinador da cadeira de direito penal à época: "O objeto jurídico, ou objetividade jurídica do crime, a nosso ver, pode ser encarado em duas dimensões. Uma delas é a dimensão genérica, na medida em que uma das funções do direito penal e, portanto, das normas penais incriminadoras (tipos penais) é, na esteira dos ensinamentos de Jakobs, a proteção da vigência da norma de convivência social. Neste passo, a objetividade jurídica fundamental de toda norma incriminadora, no plano genérico, é a proteção do convívio em sociedade. Por outro lado, em uma dimensão específica adotada pela sistemática de nossa lei, o objeto jurídico do tipo penal é o bem ou interesse tutelado pela norma penal incriminadora..." (In: ARARIPE, A.M. e FREITAS, A.G. Tavares de. Manual de Direito Penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 223-224).

Comentário 2

Gabarito da letra d) baseado na doutrina acima referida: "Veja-se que, na parte onde menciona "ajuste"e "combinação", este tipo será plurissubjetivo, pois só pode haver ajuste ou combinação quando forem dois ou mais os agentes. Serão estas hipóteses de concurso necessário de pessoas. Já quando o tipo menciona a forma "qualquer outro expediente", o crime será monossubjetivo, pois poderá ser praticado por apenas um agente. (Ibidem, p. 392). Ressalte-se, neste sentido, posição de Nucci: "A menção, no tipo, dos termos ajuste e combinação dá a entender tratar-se de crime plurissubjetivo (cometido, sempre, por mais de uma pessoa), o que não se afigura correto, pois a expressão ou qualquer outro expediente permite a prática da infração por um só agente, se preciso for". (In: Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol.1. 8.ed.São Paulo: Ge. Forense, 2014, p. 529).

6.2. PROVAS ESPECIALIZADAS

(XXXIII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PENAL – 2014) *1ª Questão – Em 19.09.11, quando se encontrava em sua loja de comércio de eletrônicos, Tício, nascido em 21.09.90, foi procurado por Mévio, nascido em 06.08.93, que, de posse de um aparelho de Blue-Ray, pretendia vendê-lo pelo preço de R$ 190,00 (cento e noventa reais). Indagado sobre a procedência do aparelho, que ainda se encontrava na embalagem original, Mévio disse tê-lo adquirido de Semprônio, nascido em 03.06.1993, pelo preço de R$ 100,00 (cem reais), compra efetuada em 05.07.2011, em frente a um bar. Esclareceu ter realizado o negócio por entendê-lo extremamente vantajoso, visto que o aparelho valia à época, a preço de mercado, cerca de R$ 400,00 (quatrocentos reais). Informou, ainda, que quarenta e cinco dias após a aquisição do Blue-Ray, o próprio Semprônio lhe confidenciou que o utensílio eletrônico fora por este subtraído no início da madrugada do dia 03.06.2011, quando, após se embriagar para tomar coragem e, empunhando um revólver, ingressou clandestinamente num imóvel ameaçando o casal de idosos enfermos e uma enfermeira que ali residiam, vindo em seguida a eliminá-los sumariamente a tiros, em face da reação verbal por eles oposta. Não obstante tais informações e sabendo da origem ilícita do bem, o comerciante Tício acabou por adquirir o aparelho, para fins de futura revenda, pagando naquele mesmo dia 19.09.11 o preço pretendido por Mévio.*

Tome-se em conta que:

A- Mévio, embora não ostente qualquer condenação, encontra-se indiciado em diversos inquéritos policiais como suposto autor de inúmeros estelionatos, em tese praticados ao longo do mês de novembro de 2011;

B- Tício possui uma condenação anterior por crime de furto simples, esta com trânsito em julgado certificado nos autos em 19.01.10, tendo sido declarada extinta a punibilidade pelo cumprimento da pena em 19.06.11 ;

C- Tício confessou espontaneamente seu atuar criminoso perante as autoridades policial e judiciária.

Analise as consequências jurídico-penais das condutas dos envolvidos, esclarecendo, inclusive, todas as circunstâncias e etapas que devem ser observadas para a fixação da pena de cada um, na hipótese de condenação. Resposta objetivamente fundamentada.

Autora: Paula Basílio

Sugestão de resposta

Provados os fatos, confirmada a autoria e a materialidade, passo a analisar a consequência jurídico-penal de cada um dos crimes praticados pelos autores.

De início, enfrento a responsabilidade penal de Tício.

Tício era proprietário de uma loja de comércio de eletrônicos quando, em 19.09.2011, adquiriu de Mévio bem que sabia ser produto de crime. Abstratamente, Tício praticou o crime de receptação qualificada.

Em relação à tipificação, o primeiro ponto a se destacar envolve o elemento subjetivo do tipo. O crime do artigo 180, *caput*, do Código Penal exige do agente o dolo direto, tendo em vista que contém a seguinte expressão: "que SABE ser produto de crime". Por sua vez, o crime de receptação qualificada se satisfaz com o dolo eventual, bastando que o comerciante adquira coisa "que deve saber" ser produto de crime. Apesar do artigo 180, §1° do Estatuto Repressivo mencionar apenas a expressão "deve saber", não há dúvidas que também poderá ser elemento subjetivo do tipo o dolo direto. Nesse sentido têm se posicionado a mais autorizada doutrina e também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Não se está aqui a defender a aplicação de analogia *in malam partem,* algo proibido pelo Direito Penal em face do princípio da legalidade. A hipótese é de mera interpretação extensiva, com o intérprete retirando aquilo que a norma - e até mesmo o legislador -pretendiam. Não existe qualquer proporcionalidade em o crime menos grave do *caput* exigir dolo direto e o mais grave do parágrafo primeiro não incluir esse elemento subjetivo. O legislador pretendeu punir de maneira mais severa aquele que em virtude de comércio tem maior disponibilidade de bens e maior potencial para conhecer a origem ilícita.

No caso, Tício sabia que o bem era produto de crime (seja pela infração de Semprônio seja pelo crime anterior de receptação de Mévio), logo houve dolo direto.

Destaco, ainda, que a doutrina vem ressaltando que o tipo qualificado do parágrafo primeiro exige que o verbo núcleo do tipo seja praticado pelo comerciante se aproveitando desta sua condição, ou seja, o bem deve estar relacionado à atividade desenvolvida pelo agente. Isso ocorreu na presente hipótese, pois Tício, por ser proprietário de loja de comércio eletrônico, teve facilidade para adquirir o *blue-ray* e também terá para revendê-lo.

Definido o crime praticado, não havendo que se falar em prescrição pela pena em abstrato, ainda que contada pela metade pelo fato de Tício ser menor de 21 anos na data dos fatos (art. 115, Código Penal), passo a analisar as circunstâncias a serem analisadas quando da aplicação da pena.

O artigo 68 do Código Penal prevê o critério trifásico de aplicação da reprimenda penal, balizado pela pena mínima e máxima prevista no tipo - no caso, entre 03 e 08 anos -, o juiz avaliará as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixando a pena base.

Obviamente, a condição de comerciante não poderá ser considerada para fins de aumentar a pena base, tendo em vista que já foi devidamente valorada para qualificar o crime. Penso que não há nenhuma circunstância que ultrapasse o normal do tipo para justificar que a pena base seja fixada acima do mínimo legal.

Na segunda fase, ao assentar a pena intermediária, o magistrado deverá considerar as agravantes e atenuantes. Tício possui uma condenação anterior com trânsito em julgado em 19.01.2010. Considerando que o fato praticado por Tício, no momento apurado, ocorreu após o trânsito em julgado da condenação anterior, será ele reincidente, na forma do artigo 63 do Código Penal. A reincidência é circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso I, Código Penal e, por isso, não foi considerada maus antecedentes, respeitando-se a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça.

Existem, ainda, duas atenuantes a incidir. A primeira está no fato de Tício ter confessado a prática do crime em sede policial e judicial (artigo 65, inciso III, alínea d, CP). A segunda está prevista no artigo 65, inciso I, CP, uma vez que Tício era menor de 21 anos na data dos fatos.

O artigo 67 do Código Penal traz a solução para a hipótese de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes. A reincidência está prevista como preponderante, mas também assim deve funcionar a personalidade, que certamente engloba a menoridade relativa. Importante mencionar, porém, que se a denúncia for formulada não pela prática do verbo adquirir, mas sim em outro que configure crime permanente, como ter em depósito, a atenuante do artigo 65, inciso I, não deverá incidir, pois logo após a compra o agente completou 21 anos.

Em relação à confissão espontânea, o tema é extremamente controvertido. Hoje, prevalece nos Tribunais Superiores a possibilidade de compensação entre a reincidência e a confissão. Penso que a melhor solução está na análise do caso concreto. Sendo a confissão simples (não qualificada), realizada desde o início ou relevante para a solução da hipótese concreta, adequada será a compensação, pois representará a personalidade do agente. Se, contudo, for qualificada ou de pouca relevância para o caso, somente sendo realizada visando uma redução da pena, poderá o juiz deixar de realizar a compensação.

A Súmula 231 do STJ destaca que as atenuantes não podem conduzir à aplicação da pena intermediária abaixo do mínimo legal estabelecido no tipo penal secundário. A ideia é que, em relação às atenuantes, o legislador não previu o quantum de redução da pena, como fez em relação às causas de diminuição. Assim, se, em tese, pudesse o juiz reduzir a pena abaixo do mínimo legal, poderia ele determinar uma pena qualquer, como, por exemplo, de 10 dias, violando o princípio da separação de poderes. A corrente minoritária que admite que a pena seja fixada abaixo do mínimo nesse momento justifica sua posição com a literalidade do artigo 65, CP, que diz "são circunstâncias que **sempre** atenuam a pena".

O crime está consumado e não há causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas na terceira fase.

Restando a pena no mínimo legal e sendo o réu reincidente, a Súmula 269 do STJ poderia ser aplicada para reconhecer o regime inicial de cumprimento da sanção como semiaberto.

Não há que se falar em *sursis* da pena ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o réu é reincidente, de modo que os requisitos dos artigos 44 e 77 do Código Penal não estão preenchidos.

Em relação a SEMPRÔNIO, o primeiro fato a ser destacado é que, quando da prática do crime de subtrair o Blue-ray, ele já era imputável. O Código Penal, no artigo 4º, adota a Teoria da Atividade. O momento do crime é o momento da ação e essa ocorreu em 03.06.2011, dia do aniversário de 18 anos de Semprônio. Nesta data, não importando o horário do nascimento, o agente é considerado imputável, permitindo aplicação da pena pela prática de um fato típico e ilícito.

Resta, agora, determinar o crime praticado. Semprônio ingressou no imóvel onde residiam dois idosos e uma enfermeira, subtraindo um aparelho de *Blue-Ray*. A violência empregada, que causou a morte de três pessoas, foi utilizada dentro do contexto da prática do roubo. Foi exercida violência diante das reações das vítimas quando da subtração. O crime praticado, então, foi o de latrocínio, previsto no artigo 157, §3º, *in fine*, CP, merecendo destaque que esse crime é qualificado pelo resultado, podendo a morte decorrer de dolo ou culpa.

Considerando que apenas o bem de uma das vítimas foi subtraído, o crime de latrocínio seria único, ainda que dele decorram três mortes. Trata-se de crime contra o patrimônio, como demonstra a Súmula 603 do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer a competência da Vara Criminal comum para julgamento desses crimes e não do Tribunal do Júri.

No momento da aplicação da pena base, porém, o número de vítimas e o fato das mortes serem dolosas deverão ser considerados, justificando um incremento razoável com base nas circunstâncias do crime e na culpabilidade.

Na segunda fase de aplicação da pena, haverá a atenuante da menoridade relativa, pois o agente era menor de 21 anos na data dos fatos, na forma do artigo 65, inciso I, Código Penal. Em relação às agravantes, verificamos a presença do artigo 61, inciso II,

aliena h, CP, pois o crime foi cometido contra idosos enfermos, e do artigo 61, inciso II, aliena l, CP, diante da embriaguez preordenada. O agente se colocou em estado de embriaguez voluntariamente para cometer um crime. Essa conduta, ao invés de afastar a imputabilidade, torna o comportamento ainda mais reprovável. A Teoria da *actio libera in causa* permite que a análise da imputabilidade seja feita quando da ingestão da bebida (artigo 28, inciso II, Código Penal), apesar da doutrina mais autorizada permitir a análise do dolo e da culpa quando da prática do crime. Não há que se falar, no caso, em confissão.

Na terceira fase, não existem causas de aumento ou de diminuição a serem reconhecidas, pois a jurisprudência não admite que as majorantes do artigo 157, §2°, CP sejam aplicadas sobre a pena prevista no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo.

Destaco que se bens particulares dos três residentes do imóvel fossem subtraídos, haveria controvérsia sobre o número de latrocínios praticados. De maneira geral, o número de crimes de roubo ou latrocínio é definido pelo número de patrimônios atingidos. No caso, em tese, sendo bens de três patrimônios subtraídos, haveria três crimes de latrocínio em concurso formal. Tecnicamente, esse concurso de crimes deveria ser formal impróprio, em razão dos desígnios autônomos, justificando a soma das penas. Contudo, analisando a proporcionalidade em face dos mesmos crimes praticados em continuidade delitiva, a jurisprudência tem solucionado a questão com o reconhecimento de concurso formal próprio.

Todavia, não há como mencionar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão publicada em seu Informativo de Jurisprudência do ano de 2013, entendeu, em hipótese semelhante a esta, que o dolo do agente neste caso era de roubar o imóvel e não especificamente patrimônios distintos, logo haveria apenas um latrocínio.

Retornando ao caso concreto, o regime inicial de cumprimento de pena adequado seria o fechado, não cabendo substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Não há que se falar em invasão de domicílio ou receptação para Semprônio, pois o princípio da consunção deve ser aplicado e haveria *ante factum* e *post factum* impuníveis, respectivamente.

Caso não haja apreensão da arma de fogo ou prova de que houve porte do material em momento diverso daquele da prática do latrocínio, o crime do artigo 14 ou 16 da Lei 10.826/03 ficaria absorvido pelo artigo 157, §3°, CP.

Por fim, o crime de MÉVIO.

Mévio adquiriu de Semprônio um aparelho que não sabia, de início, ser produto de crime. Em tese, provado nos autos a ausência de dolo direto, essa conduta de Mévio se enquadraria na figura típica de receptação culposa, pois pela desproporção do preço deveria ele presumir a origem criminosa do bem. Ocorre que, tal compra foi efetivada em 05.07.2011, antes de Mévio completar 18 anos de idade. Assim, haveria apenas a prática de ato infracional e não crime por sujeito culpável.

Todavia, quando já era maior de idade, Mévio veio a saber da origem ilícita do bem. Surge a controvérsia: cabe receptação quando o dolo é posterior ao momento da aquisição do bem? Hungria e Magalhães Noronha têm opiniões contrárias sobre o tema, pois apenas o primeiro entende pela possibilidade. Penso que, independente da posição adotada, ocorreu infração penal. O tipo do artigo 180 do Código Penal é misto alternativo. Conhecendo Mévio a origem ilícita do bem e praticando quaisquer dos verbos núcleo do tipo, caberia sua punição pela prática de receptação simples, em especial se ele manteve em depósito o bem após completar 18 anos. O verbo mencionado tem natureza de permanente e a maioridade foi completada enquanto ainda ocorria a consumação do crime.

Há autorizada doutrina que entende que Mévio deveria responder como partícipe do crime de receptação qualificada de Semprônio (artigo 30, Código Penal). Ouso discordar desse entendimento. Mévio cometeu crime ao transportar ou ter em depósito bem que já sabia ser produto de crime. Logo, seu crime se consumou em momento anterior à venda para Tício.

A pena base de Mévio deverá ser fixada no mínimo legal, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Inquéritos policiais ou condenações sem trânsito em julgado não podem configurar maus antecedentes em face do princípio da presunção de não culpabilidade.

No Rio de Janeiro, forte corrente jurisprudencial permitia, porém, que o constante envolvimento com o aparato policial ou judicial fosse valorado como conduta social desfavorável. Contudo, em face da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, essa corrente jurisprudencial se enfraqueceu, tendo em vista que a súmula veda que os inquéritos ou ações em curso sejam considerados negativamente na **pena base** e não apenas como maus antecedentes. Prevaleceu a posição de que seria uma maneira indireta de violar a presunção de não culpabilidade, apesar de, particularmente, entender que a primeira posição melhor valoriza o princípio da isonomia.

Na hipótese, os estelionatos teriam sido praticados após a receptação, logo não poderiam funcionar como maus antecedentes.

Na segunda fase, presente a atenuante do artigo 65, inciso I, Código Penal, relembrando que nesse momento a pena não pode ser fixada abaixo do mínimo.

Não há causas de aumento ou de diminuição.

Em tese, o regime inicial de cumprimento de pena seria o aberto e caberia substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na forma do artigo 44, Código Penal.

Comentários

O artigo 180, parágrafo primeiro, do Código Penal, que prevê o delito de receptação qualificada, teve sua redação determinada pela Lei 9.426/96. A partir da inovação legislativa, surgiram questionamentos sobre sua constitucionalidade, sob o argumento de que

haveria uma violação ao princípio da proporcionalidade, pois o crime mais grave do parágrafo primeiro exigiria a presença do dolo eventual, enquanto que o caput previa a necessidade do dolo direto. Assim, alguns doutrinadores passaram a defender que o comerciante que praticasse o crime de receptação, valendo-se dessa qualidade, com dolo direto, deveria responder pelo crime de receptação simples, já que não haveria adequação típica com a modalidade qualificada. Esse não foi o entendimento que prevaleceu no STF, contudo. A questão foi pacificada no julgamento do HC 97.344/SP, com a seguinte ementa:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 180, § 1º DO CÓDIGO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A conduta descrita no § 1º do art. 180 do Código Penal é evidentemente mais gravosa do que aquela descrita no caput do dispositivo, eis que voltada para a prática delituosa pelo comerciante ou industrial, que, pela própria atividade profissional, possui maior facilidade para agir como receptador de mercadoria ilícita. 2. Não obstante a falta de técnica na redação do dispositivo em comento, a modalidade qualificada do § 1º abrange tanto do dolo direto como o dolo eventual, ou seja, alcança a conduta de quem "sabe" e de quem "deve saber" ser a coisa produto de crime. 3. Ora, se o tipo pune a forma mais leve de dolo (eventual), a conclusão lógica é de que, com maior razão, também o faz em relação à forma mais grave (dolo direto), ainda que não o diga expressamente. 4. Se o dolo eventual está presente no tipo penal, parece evidente que o dolo direto também esteja, pois o menor se insere no maior. 5. Deste modo, não há que se falar em violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como pretende o impetrante. 6. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.

Em concurso público, fundamental que o candidato exponha o conhecimento sobre as controvérsias de todos os temas que circunscrevem a questão, além de eventual posição majoritária nos Tribunais Superiores. Após, o ideal é que seja exposta a posição pessoal, com a devida fundamentação. Apesar disso, muitas vezes a solução da questão é trazida pelo próprio examinador em suas obras doutrinárias. Interessante que o candidato mencione e elogie tal posição e, sempre que possível, a adote como se fosse seu entendimento próprio. No caso, o examinador do concurso tinha em seu livro enfrentado a controvérsia sobre elemento subjetivo do tipo do artigo 180, §1º, CP.

Em relação à teoria da actio libera in causa, cabe destacar que a doutrina majoritária entende que a análise do elemento subjetivo deve retroagir ao momento em que a bebida alcoólica foi ingerida, evitando-se, com isso, a responsabilidade objetiva. Assim, para essa posição, no momento em que o agente dolosamente se coloca em estado de embriaguez que deve ser analisado se havia intenção de cometer crime ou, no caso de culpa, se a prática do delito era ao menos previsível. Contudo, em sua excelente obra doutrinária, o examinador Alexandre Joppert manifesta sua opinião sobre o tema, explicitando que o elemento subjetivo pode ser avaliado quando efetivamente da prática do crime, razão pela qual foi sua posição destacada na resposta da questão.

Interessante, também, que sempre que o candidato tenha conhecimento sobre uma decisão paradigma dos Tribunais Superiores, a mencione, ainda que não seja indicado o número do processo ou o número do Informativo de Jurisprudência em que ela foi publicada.

A decisão mencionada sobre a análise do elemento subjetivo para determinar o número de crimes de roubo/latrocínio praticados foi a seguinte:

Habeas corpus. 2. Paciente condenado pela prática de latrocínio consumado em concurso formal com latrocínio tentado (arts. 157, § 3º, última parte, c/c 61, II, c e h, e 157, § 3º, última parte, c/c 61, II, c e h, c/c 14, II, todos do CP). 3. Delito praticado mediante ação desdobrada em vários atos atingindo duas vítimas. 4. Pedido de afastamento da causa de aumento de 1/6 referente ao concurso formal de crimes. 5. Paciente objetivou roubar bens que guarneciam a residência do casal (patrimônio único). Não é razoável a importância dada à subtração das alianças das vítimas a fim de justificar a subtração de patrimônio individual. 6. Embora as alianças nupciais integrem patrimônio personalíssimo na legislação civil, na seara do Direito Penal, há de se conferir relevância ao dolo do agente. 7. Caracterizada a prática de latrocínio consumado, em razão do atingimento de patrimônio único. 8. O número de vítimas deve ser sopesado por ocasião da fixação da pena-base, na fase do art. 59 do CP. Precedente: HC n. 71267-3/ES, 2ª Turma, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 20.4.95. 9. Determinação de baixa dos autos ao Juízo de primeiro grau, para que proceda a nova dosimetria da pena, considerando a quantidade de vítimas na primeira fase do sistema trifásico e respeitando a pena aplicada, em atenção ao princípio do non reformatio in pejus. 10. Ordem parcialmente concedida. HC 109539 / RS - RIO GRANDE DO SUL -HABEAS CORPUS Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 07/05/2013 Órgão Julgador: Segunda Turma

Por fim, quanto à aplicação da pena, importante realizar um destaque sobre a discussão existente sobre a possibilidade de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão. Inicialmente, destaco que preponderar não significa desconsiderar. O fato de eventual agravante preponderar não significa que a atenuante não deve ser valorada, mas sim que a redução da pena deve ser inferior ao aumento realizado. Além disso, em um segundo momento ressalto que um equívoco comum de se observar diz respeito à interpretação da nova posição dos Tribunais Superiores. O Superior Tribunal de Justiça, majoritariamente, vem permitindo que a reincidência seja compensada com a confissão, que representa a personalidade do agente, que também é circunstância preponderante de acordo com o artigo 67 do Código Penal. Apesar disso, em momento algum tal Tribunal afirma que a compensação é uma imposição, mas sim uma possibilidade. Diante disso, adequado que a possibilidade de compensação seja devidamente analisada considerando-se as peculiaridades do caso concreto. A confissão qualificada, por exemplo, que é aquela em que o agente confessa os fatos, mas alega causa de exclusão da ilicitude ou culpabilidade, apesar de vir sendo admitida pelo Superior Tribunal de Justiça como atenuante, não justificaria uma compensação, pois não é plena.

Independente das posições adotadas, entretanto, sempre imprescindível a fundamentação do seu entendimento, além de destacar o respeito às posições em contrário.

(XXXIII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PENAL – 2014)2ª Questão – Os irmãos Atílio e Gentil, com o propósito de antecipar o recebimento da herança de seu pai, Adalberto, arquitetaram um plano para ceifar sua

vida. Para tanto, desde as tratativas preliminares, ficou ajustado que caberia a Atílio a tarefa de adquirir um veneno (cuja letalidade se concretizaria exatamente 02 horas após a ingestão) *e que a inserção da substância na refeição do genitor seria feita por Gentil no almoço de domingo, servido, invariavelmente, às 13h. Nos primeiros minutos do dia estabelecido, Atílio, após cumprir sua parte no plano, movido por um sentimento de comiseração que jamais lhe acometera, desistiu de continuar a concorrer para o aludido parricídio, contatando Gentil por telefone, solicitando-lhe, aos prantos, que não mais executasse a sua parte do plano, o que foi prontamente repelido. Posta a mesa com o inusitado atraso de uma hora, Gentil, resoluto em sua sanha criminosa, pôs o veneno na comida de seu pai e observou, sentado na cadeira ao lado, o "velho" saciar sua fome folclórica, não deixando sequer um grão de semente no prato que lhe fora oferecido. Para evitar maiores desconfortos, Gentil preferiu não ver o último suspiro de seu ascendente e saiu da residência antes do prazo letal, não sem antes enviar para o seu irmão uma mensagem, via SMS, em que dizia: "Missão Cumprida". O patriarca Adalberto, acometido pelo banzo próprio dos momentos que sucedem aos grandes banquetes, antes que o veneno lhe corroesse definitivamente as vísceras, adormeceu, como jamais fizera, no chão do cômodo central da velha morada. Atílio, por sua vez, no afã de se certificar da veracidade da assertiva de seu irmão Gentil, decidiu ir até o local da empreitada e assim deparou-se, por volta de 15h20, com seu pai estirado no tapete da sala, com o semblante sereno e olhos completamente cerrados. Ato seguinte, imaginando que o genitor já estivesse sem vida, Atílio, com o objetivo de dificultar as investigações e proteger o seu irmão, resolveu dar à cena contornos de um crime patrimonial, desalinhando a arrumação do ambiente e destruindo a maçaneta da porta de entrada. Em sequência, lançando mão de uma antiga garrucha da família, Atílio desferiu, às 15h40, três disparos no peito de seu pai, causando-lhe, conforme comprovado no laudo necroscópico, lesões corporais que, por sua natureza e sede, foram a causa eficiente de sua morte. Encaminhados os autos do procedimento investigatório ao Ministério Público, analise detalhadamente a relevância penal das condutas de Gentil e Atílio à luz de nossa legislação substantiva, considerando que a morte ocorreria de qualquer modo, pela precedente ingestão do veneno. Resposta objetivamente fundamentada.*

Autora: Roberta Jorio

Sugestão de resposta

A questão apresenta detalhada descrição de fatos, muito embora o candidato deva se ater às condutas praticadas por cada um dos envolvidos e ao tempo de sua ocorrência. No caso, percebe-se, desde logo, que a ingestão de veneno não foi causa suficiente à morte de Adalberto. Sob esta perspectiva, a análise dos ilícitos praticados pelos irmãos Gentil e Atílio depende da abordagem dos seguintes pontos:

a) Primeiramente, o candidato deve afastar a incidência do instituto da desistência voluntária (art. 15 do CP) na conduta de Atílio, eis que não foi eficiente para impedir a consumação do crime.

b) Em seguida, deve ser abordado o tema central para a resolução da questão, qual seja, o dolo geral, admitido por parcela significativa da doutrina brasileira a partir da concepção de aberratio causae ou erro incidente sobre o nexo causal. Em suma, ocorre quando um agente, acreditando ter obtido o resultado pretendido com uma primeira conduta, realiza uma segunda, esta sim causadora do resultado visado. Haveria, pois, uma má compreensão da conduta que serviu de causa a determinado resultado. No caso, mesmo acreditando que seu genitor já estivesse morto, Atílio responderá pelo homicídio doloso consumado, pois concretizou, ainda que em momento posterior e de outra forma, a sua intenção inicial. Do mesmo modo, Gentil responderá pelo homicídio doloso consumado, porque obrou para a realização de seu propósito original, tendo o resultado ocorrido, mesmo que por meio diverso.

c) Após, devem ser analisadas as qualificadoras aplicáveis ao caso. A despeito de posições doutrinárias minoritárias, uma sustentando a incidência das qualificadoras observadas tanto na primeira (motivo torpe e emprego de veneno) quanto na segunda conduta (impossibilidade de resistência da vítima) e outra indicando a prevalência apenas das qualificadoras da última conduta, é majoritário o entendimento de que são aplicáveis apenas as qualificadoras presentes no momento inicial, eis que, para as surgidas na conduta final, não haveria elemento subjetivo. Deste modo, incidem, no caso, as qualificadoras do motivo torpe e do emprego de veneno.

d) Capitulação: Atílio e Gentil devem responder por homicídio doloso consumado duplamente qualificado (art. 121, § 2º, incisos II e IV, do CP). Além disso, Atílio responde, ainda, pela fraude processual (art. 347 do CP), em razão de ter inovado artificiosamente no estado das coisas para simular a ocorrência de crime contra o patrimônio.

Comentário

Em prova discursiva sem limite de linhas, ao candidato é importante demonstrar vasto conhecimento dos temas objetos de análise e organização na elaboração da resposta. Deste modo, em primeiro lugar, é interessante que a resposta siga um padrão semelhante a um artigo científico, em que se estabelecem premissas, como conceitos, princípios aplicáveis e eventuais divergências, para, em momento posterior, enfrentar-se diretamente a questão proposta, apresentando, ao final, a solução definitiva do caso. Frise-se que, nesta fase do concurso, vale utilizar todo o conhecimento jurídico disponível, mesmo que apenas tangencie o tema central da questão.

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PENAL-2012) *1ª Questão - CARLOS, estudante do quarto ano de medicina e conhecido fornecedor de drogas ilícitas em boates da cidade de Niterói, vendo o desespero de sua amiga FLÁVIA, em razão de sua gravidez não desejada, forneceu gratuitamente para a mesma, na noite de 20/09/11, em uma casa de shows, certa quantidade de cloridrato de cocaína, esclarecendo-a acerca dos sabidos efeitos abortivos do consumo daquela droga,*

instruindo-a sobre a quantidade a ser eficazmente ingerida para fins da provável causação da morte do indesejado filho que carregava em seu ventre. Nos três dias seguintes, FLÁVIA ingeriu reiteradamente a cocaína graciosamente cedida, até alcançar a quantidade aconselhada por CARLOS, o que acabou lhe acarretando uma involuntária overdose, com consequente arritmia cardíaca, convulsões e desmaio, sendo a gestante socorrida por terceiros e levada ao hospital mais próximo. Imediatamente atendida pela equipe plantonista do hospital, FLÁVIA sofreu uma parada cardíaca nas dependências da sala de emergência, que conseguiu ser eficazmente revertida pelos proficientes médicos, que, no entanto, não conseguiram evitar a morte do feto, apesar de salvar a vida da gestante, que teve alta hospitalar sete dias após sua internação. Apurada pela polícia a identidade do fornecedor da substância entorpecente ingerida por, FLÁVIA, chegou-se à residência de, CARLOS para fins de cumprimento de mandado de busca e apreensão, constatando-se que o mesmo mantinha em depósito em seus aposentos 50 (cinquenta) comprimidos de "Ecstasy", além de 250 (duzentos e cinquenta) gramas de cannabis sativa, vulgarmente conhecida por "Maconha", acondicionada e distribuída em 40 (quarenta) invólucros plásticos, e que segundo o próprio CARLOS, eram destinados à revenda para frequentadores de casas noturnas da cidade de Niterói. Ainda dentro dos aposentos de CARLOS a polícia apreendeu uma balança de precisão, além de um caderno que continha a contabilidade da venda de drogas efetuada, com listagem de fregueses e valores por eles devidos com o ilícito comércio. Considerando tais fatos, analise as respectivas consequências jurídico-penais (RESPOSTA FUNDAMENTADA)

***Autor:** Marco Antonio Reis*

Sugestão de resposta

No que diz respeito a CARLOS, este deve ser responsabilizado pelo cometimento dos seguintes crimes:

(a) Como partícipe, em função de sua contribuição material dolosa, pelo crime de autoaborto (CP, art. 124, caput, 1ª parte);

(b) Pelo crime de lesão culposa (CP, art. 129, parágrafo 6º);

(c) Pelo crime art. 33, caput, c.c art. 40, inciso III, ambos da Lei 11.343/06.

No que diz respeito a FLÁVIA, esta responderá pelo crime do art. 124, caput, 1ª parte do Código Penal.

Carlos é partícipe (cúmplice) no autoaborto de FLÁVIA, uma vez que lhe presta contribuição material consistente na entrega de cloridrato de cocaína, substância dotada de efeito abortivo. A participação, conforme se sabe, é conduta acessória dolosa que se dirige e pressupõe uma conduta principal dolosa típica e antijurídica, em homenagem à teoria da acessoriedade limitada (Die limitierte Akzessorietät), adotada no Brasil e formulada por Max Ernst Mayer. Uma vez que existiu uma conduta dolosa principal típica e antijurídica por parte de FLÁVIA (autoaborto) que se valeu da contribuição material dolosa de CARLOS (conduta dolosa acessória), caracterizada resta a participação

punível. Por ter a substância efeitos abortivas, tem-se que a participação foi causal e eficaz para o resultado. Há concurso de agentes, portanto, tendo em vista a pluralidade de agentes e condutas, a identidade da infração penal, o liame subjetivo entre os agentes e a relevância e eficácia causal de cada conduta.

Consoante defende Nélson Hungria e abalizada doutrina, CARLOS também responderá pelo crime de lesão corporal culposa. Isto porque restou caracterizado perigo à vida (art. 129, parágrafo 1º, inciso II, CP) de FLÁVIA, perigo este advindo da conduta de CARLOS.

Muito embora o aumento de pena previsto no art. 127 se aplique tão-somente aos casos dos arts. 125 e 126, e tampouco a própria gestante possa vir a responder por lesões que causou em si mesma, voluntariamente, em função de que as autolesões são impuníveis, o partícipe (instigador ou auxiliar) responderá pelas lesões (graves) em FLÁVIA a título culposo.

Parte da doutrina entende desta forma justamente porque, apesar da gravidade da lesão, o art. 127, conforme cediço, só se aplica às hipóteses de aborto dos arts. 125 e 126, ocasionando uma lacuna de punibilidade.

A conduta de participação de CARLOS é, assim, interpretada como violadora de um dever de cuidado objetivo, atuando em reforço, com causalidade e eficácia, proporcionando um resultado (perigo de morte) perfeitamente previsível objetivamente e adequada ao tipo penal existente de lesões culposas.

Registre-se, contudo, posição doutrinária divergente, no sentido de que não deve CARLOS responder por lesão culposa, seja porque não haveria nexo de causalidade entre a participação e o resultado, como preceitua MAGALHÃES NORONHA, seja porque à luz dos critérios de imputação objetiva, autocolocações em perigo desejadas e realizadas de forma responsável não se enquadram no tipo dos delitos de lesão corporal e de homicídio, mesmo que o risco superveniente se realize com a colocação em perigo consciente. Quem meramente induz, possibilita ou favorece tal autocolocação em perigo não se faz punível por um delito de lesão corporal ou de homicídio.

Carlos ainda responderá pelo crime do art. 33, caput, da Lei 11.343, pois as circunstâncias do caso concreto apontam a finalidade evidente de tráfico de drogas: a confissão da finalidade de traficância, a quantidade de droga encontrada, a forma de acondicionamento e a presença de instrumentos ínsitos à atividade de traficância, como a balança encontrada. Incidirá, ainda, a causa de aumento do art. 40, inciso III da Lei 11.343, uma vez que a conduta de entregar a droga à FLÁVIA se deu dentro de uma casa de shows, bem como é fato que CARLOS traficava drogas em boates de Niterói.

Saliente-se que não há consunção entre a participação no autoaborto e o crime do art. 33 da Lei de Drogas. Este, por seu turno é crime de perigo abstrato, o qual se consuma em momento diferente da participação no autoaborto, que para ser reconhecida depende da conduta principal. O crime de tráfico de drogas vulnera, ainda, bem jurídico diverso, a saber, a saúde pública, consoante jurisprudência e doutrina majoritárias.

A circunstância de se encontrar uma balança de precisão em poder de CARLOS, não autoriza a incidência do art. 34 da Lei 11.343 como figura autônoma. Reconhecido o crime do art. 33, não há lugar para a incidência do art. 34, pois este é tipo penal subsidiário àquele, via de regra. Conforme acentua o STJ, o reconhecimento do art. 33 absorve o crime do art. 34, desde que não se vislumbre no caso concreto contextos autônomos e coexistentes capazes de violar o bem jurídico saúde pública de modos diferentes. No caso em análise, o instrumento encontrado, a saber, a balança de precisão, se revela como meio para a prática do crime do art.33, não apresentando as circunstâncias concretas indício de que se vislumbre autonomia para o tipo penal do art. 34.

Também não se aplica o art. 38 da Lei de Drogas porque CARLOS não é, ainda, profissional da área da saúde e porque a prescrição não foi culposa, mas dolosa.

Também não há elementos suficientemente seguros para que se responsabilize CARLOS pelo crime do art. 35 da Lei 11.343, uma vez que não há qualquer menção a uma segunda pessoa.

Comentário 1

O ponto mais difícil da questão é, de fato, a discussão, em nossa opinião, a respeito de se CARLOS deve responder por lesões culposas. Conforme dito, existem posições diversas sobre a hipótese.

Veja-se Hungria:

"O aborto qualificado somente diz com as modalidades criminais previstas nos arts. 125 e 126. O aumento especial da pena não é aplicável à mulher (no caso de sobrevivência desta à lesão sofrida), ainda quando consensiente. No caso de lesões ou morte da mulher, tratando-se de auto-aborto, o instigador ou auxiliar, se houver, será punível, não como tal, mas a título de lesões corporais culposas ou homicídio culposo". (in: Comentários ao Código Penal, v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 304)

Por seu turno, Damásio:

"o partícipe do auto-aborto, além de responder por este delito, pratica homicídio culposo ou lesão corporal de natureza culposa, sendo inaplicável o disposto no artigo 127 do CP, uma vez que esta norma exclui os casos do artigo 124"(in: Direito Penal: parte especial. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, v.2, 1999, p. 120). (grifei)

Esta posição de Damásio é, particularmente, estranha, pois se o próprio autor afirma que as lesões relevantes a título da causa de aumento são as graves, mas que o art. 127 só se aplica aos arts. 125 e 126, então, se o legislador assim resolveu, por que motivo deveria o partícipe responder por crime culposo? Não teria o legislador se omitido de propósito em uma espécie de silêncio eloquente? A parte final do trecho acima leva o leitor a entender que a imputação pelo crime culposo deve ocorrer única e exclusivamente porque tal hipótese não foi abarcada pelo art. 127, CP.

Também a doutrina de Heleno Fragoso, de forma lacônica:

"O agente que participa do auto-abôrto de que resultem lesões coporais graves ou a morte da gestante será punível, conforme o caso, por lesões culposas ou homicídio culpos. (FRAGOSO, Heleno. Lições de direito penal. São Paulo: Livros Jurídicos, 1962, p. 76)

Contra a responsabilização por lesões culposas ou homicídio culposo, Magalhães Noronha:

"cremos, entretanto, que o co-autor não praticará outro delito senão o do artigo 124. Inteiramente estranho à execução, da atividade moral que desenvolveu não pode derivar a morte ou a lesão da mulher; não há nexo de causalidade ante aquela atividade e o evento ocorrido" (Direito penal.33.ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003, p. 673)

Assim também Delmanto:

"A matéria não é pacífica na doutrina, mas entendemos que o partícipe que meramente auxilia ou encoraja a gestante a consentir está incurso no art. 124 e não no art. 126 ou 127, ainda que ela morra ou sofra lesão grave" (DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 268-269).

Particularmente, acreditamos que no plano ideal, a controvérsia deveria ser decidida de modo contrário, com base em critérios de imputação objetiva, inclusive, já delineados pelo BGH. Autolesões cometidas por pessoas capazes, responsáveis são impuníveis. São uma decorrência do princípio da lesividade. O caso trata de uma autocolocação em risco (Selbstgefährdung) por pessoa responsável, maior de idade, em suas condições de saúde mental. Ademais, a participação, enquanto conduta acessória dolosa incidente e dependente de uma conduta principal típica e antijurídica, não pode se realizar sequer nesses termos. Isto porque se autolesões são impuníveis, então não existe conduta principal típica e antijurídica sobre a qual pudesse a participação incidir. O resultado causado pela entrega do cloridrato de cocaína exige uma decisão por parte de FLÁVIA, pessoa maior e capaz, ciente de que tal substância possa lhe fazer mal, além de matar o feto. É dificultoso mesmo conceber a figura da lesão culposa aqui a título de autoria daquele que é partícipe no autoaborto. Primeiro porque a conduta de entregar droga a alguém, apesar de configurar tráfico, por si só não é uma conduta de lesão. A lesão depende da decisão da pessoa maior e capaz de ingerir a droga. É por isto mesmo que o tráfico de drogas se afigura como crime de perigo abstrato: prescinde do resultado lesão, sendo suficiente a colocação em perigo de outrem. E, justamente por esta conduta, CARLOS já é responsabilizado (art. 33 da Lei de Drogas).

Segue a posição da jurisprudência alemã do BGH:

"Eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdungen unterfallen nicht dem Tatbestand eines Körperverletzungs-oder Tötungsdelikts, wenn das mit der Gefährdung bewusst eingegangene Risiko sich realisiert. Wer lediglich eine solche Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, macht sich nicht wegen eines Körperverletzungs-oder Tötungsdelikts strafbar" (Autocolocações em perigo desejadas e realizadas de forma responsável não se enquadram no tipo dos delitos de lesão corporal e de homicídio, mesmo que o risco superveniente se realize com a colocação em perigo consciente. Quem meramente induz, possibilita ou favorece tal autocolocação em perigo não se faz punível por um delito de lesão corporal ou de homicídio) in: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1. 2.ed. Sttutgart: Kohlhammer, 2004, p.117.

Comentário 2

A despeito do dito acima, acreditamos que o gabarito previa a tomada de posição em favor da tese de Hungria e Damásio. A obra do examinador não parece adotar as implicações da moderna teoria da imputação objetiva em função das justificativas que se seguem: "Contudo, em termos de aplicação prática, em face da legislação penal brasileira, parece-nos que os conceitos da teoria em questão esbarram na adoção expressa , por nós, da teoria da equivalência dos antecedentes que, a rigor, resolve a grande parte, senão a totalidade, dos problemas de imputação possíveis..." (In: MARINHO, Alexandre Araripe e FREITAS, André Guilherme Tavares de. Manual de Direito Penal. Parte Geral...p.208.)

Comentário 3

Sobre a relação entre os tipos penais do art. 33 e do art. 34 da Lei 11.343, eis a posição do STJ: "o tráfico de maquinário visa proteger a 'saúde pública ameaçada com a possibilidade de a droga produzida', ou seja, tipifica-se conduta que pode ser considerada como mero ato preparatório. Portanto, a prática do art. 33, caput, da Lei de Drogas absorve o delito capitulado no art. 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistente, aptos a vulnerar o bem jurídico de forma distinta. Deve ficar demonstrada a real lesividade dos objetos tidos como instrumentos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, ou seja, relevante analisar se os objetos apreendidos são aptos a vulnerar o tipo penal em tela. No caso dos autos, a apreensão de medidores, aquecedores, fogão de boca, liquidificador industrial 5 (cinco) liquidificadores de uso doméstico, triturador elétrico, 8 (oito) peneiras, diversas fitas isolantes, tanques, tonéis, sendo 3 (três) de tamanho grande e 2 (dois) pequenos, 2 (duas) balanças de precisão....e 1 (um) galão de 20 (vinte) litros de amoníaco, todos com resquícios de cocaína em pó ou já transformada em crack, bem como a existência de provas que demonstram a existência de laboratório destinado ao refinamento de cocaína e da transformação desta em crack, demonstram a autonomia das condutas e inviabilizam a incidência do princípio da consunção, por não serem esses objetos meios necessários ou fase normal de execução do tráfico de drogas" (AgRg no AResp 303213-SP, 5ª T., rel. Marco Aurélio Bellizze, DJ 08.10.2013).

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PENAL– 2012) *2ª Questão – Sobre a aplicação da pena responda às seguintes indagações: a) Ao aplicar a pena pode o juiz considerar o privilégio do art. 155, parágrafo 2º, do Código Penal, nos casos de furto qualificado? Resposta fundamentada em consonância com a evolução doutrinária e jurisprudencial (STJ e STF) sobre o tema. b) Enumere as razões pelas quais se fixou entendimento, atualmente sumulado pelo STJ (enunciado 231), no sentido de que as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal.*

Autor: *Marco Antonio Reis*

Sugestão de resposta

a) Uma primeira orientação, outrora majoritária em sede doutrinária e jurisprudencial, defende a impossibilidade do furto privilegiado-qualificado. A rigor, por três razões.

Um primeiro argumento, à luz de uma interpretação topográfica do art. 155 do Código Penal, defende que a causa de diminuição do parágrafo 2° só seria aplicável ao furto durante o repouso noturno e ao furto simples. Isto porque o legislador trata das qualificadoras do furto (parágrafos 4° e 5°) em parágrafos distintos e posteriores. Há, no entanto, críticas a este argumento no sentido de que ele inverte o raciocínio, a saber: não é por uma questão topográfica que a causa de diminuição não se aplica, mas por conta do conteúdo normativo ínsito às figuras qualificadas. Noutros termos: a circunstância que impede a incidência da causa de diminuição às figuras do furto qualificado é que tais qualificadoras encerram gravidade maior, incompatíveis com o reconhecimento daquela. Esta crítica é o fundamento para um segundo argumento contrário à possibilidade cogitada na pergunta.

Um segundo argumento sublinha a incompatibilidade entre as espécies. Isto porque as hipóteses de furto qualificado traduzem um injusto penal mais grave, detentor de um desvalor da ação (Handlungsunwert) mais profundo que o desvalor da ação contido nas hipóteses de causas de diminuição do furto (parágrafo 2°). Inconciliáveis, portanto, as espécies.

Um terceiro argumento, que em geral acompanha o segundo, salienta que o reconhecimento do furto privilegiado-qualificado encerraria novo tipo penal, isto é, figura sui generis, não prevista pelo legislador, circunstância esta que significaria violação ao princípio da separação de funções ou poderes e ao princípio da legalidade.

Uma segunda orientação, defendida por considerável setor doutrinário e atualmente acolhida em julgados pelos Tribunais Superiores, admite a figura do furto privilegiado-qualificado.

O Supremo Tribunal Federal admite a compatibilidade entre o privilégio e a qualificadora quando houver primariedade do agente e for de pequeno valor a coisa furtada.

O Superior Tribunal de Justiça também admite o furto privilegiado-qualificado com condicionantes: desde que (i) a(s) qualificadora(s) seja(m) de natureza objetiva; (ii) o fato não seja de maior gravidade; (iii) estejam presentes os requisitos da primariedade do agente e o pequeno valor da coisa furtada e (iv) a pena final não se restrinja à pena de multa isoladamente.

Possível, portanto, que, ao aplicar a pena, o juiz considere o privilégio do art. 155, parágrafo 2° do Código Penal, nos casos de furto qualificado.

b) Em primeiro lugar, a incidência de atenuante não pode levar a pena para aquém do mínimo cominado porque caso isto fosse possível haveria violação ao princípio da separação de funções ou poderes. É cediço que a tarefa de criar incriminações e estipular sanções cabe ao Poder Legislativo e não ao Judiciário. Na medida em que se

faculta ao juiz extrapolar o limite mínimo estipulado pela lei em cada crime, estar-se-á a desrespeitar a vontade do povo representada pelo Legislativo. É como se se permitisse ao juiz criar uma norma (não existente) apta a rebaixar a pena. A rigor, o legislador estabeleceu crimes e cominou penas mínima e máxima, espaço dentro do qual o juiz deve, fundamentadamente, decidir a pena justa ao caso, partindo de uma pena-base a ser considerada a partir da pena mínima.

Em segundo lugar, a incidência de atenuante não pode levar a pena abaixo do mínimo cominado porque caso tal fosse possível haveria violação ao princípio da legalidade. Assevera a Constituição da República: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (Art. 5º , inciso XXXIX). Disto se extrai que é a lei que comina penas e, também assim, por conseguinte, o limite mínimo e máximo de pena para cada crime.

Em terceiro lugar, é de se observar que o legislador fixou expressamente o quantum de aumento ou redução por ocasião da incidência de majorantes ou minorantes na terceira fase. Na segunda etapa do sistema de aplicação da pena (pena-provisória) o legislador se limitou a dizer que a pena deve ser aumentada ou diminuída conforme a circunstância legal (agravante ou atenuante) presente e incidente, não permitindo, pois, que a agravante tenha o condão de conduzir a pena para além do limite máximo e, tampouco, que a incidência de circunstância atenuante tenha o poder de rebaixá-la para aquém do limite mínimo.

Em quarto lugar, a conclusão de que a circunstância legal atenuante não pode rebaixar a pena para aquém do limite mínimo cominado porque o ponto de partida da fixação da pena-base já é aquele que se inicia a partir do mínimo cominado. Há, portanto, um sistema ou critério próprio que orientou o legislador penal de 1940. Trata-se de um argumento que decorre do próprio sistema de aplicação da pena brasileiro e que também se fundamenta na segurança jurídica que se espera do funcionamento do sistema.

Em quinto lugar, sob a perspectiva político-criminal e das funções da pena, o mínimo de pena cominado a cada delito manifesta uma valoração do legislador quanto ao mínimo de reprimenda aceitável no sistema jurídico-penal brasileiro. Noutros termos: o cometimento do injusto culpável "A" merece uma reprimenda que, no mínimo, preveja a quantidade de pena "B" em função da afetação do bem jurídico-penal "C", o qual ostenta uma importância "D". A ultrapassagem deste limite mínimo só seria cabível em hipóteses insuscetíveis de serem ignoradas, como são as hipóteses de causas de diminuição presentes no ordenamento jurídico-brasileiro, seja porque significam um desvalor menor da ação (como, por exemplo, o homicídio cometido por motivo de relevante valor social ou moral), seja porque significam um desvalor do resultado menor (por exemplo, a tentativa). Tais causas de diminuição incidem sobre a pena provisória e esta incidência é regida por determinadas frações legalmente estabelecidas. Em sexto lugar, caso fosse admitida a redução da pena para aquém do mínimo cominado por ocasião do reconhecimento de uma atenuante, sob pena de ilogicidade, imperativa também a aceitação de que eventual (is) circunstância(s) agravante(s) pudessem conduzir a pena para além do máximo cominado.

Por fim, ao se permitir que a pena restasse abaixo da mínima cominada por ocasião da segunda etapa de aplicação de pena, estar-se-ia, por consectário lógico, permitindo também a elevação da pena acima do máximo cominado, o que resultaria em fixação de pena ilimitada, violando-se o princípio da proporcionalidade e da individualização das penas, este último cláusula pétrea.

Comentário 1

Atualmente a possibilidade é reconhecida pelo enunciado da Súmula 511 do STJ, o que só confirma a tendência da discussão à época da prova: "É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º. do art. 155 do CP nos casos de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva".Antes mesmo da recente edição da súmula:

Informativo nº 0481

Período: 15 a 26 de agosto de 2011.

Terceira Seção

FURTO QUALIFICADO. PRIVILÉGIO. PRIMARIEDADE. PEQUENO VALOR. RES FURTIVA.

A Seção, pacificando o tema, julgou procedente os embargos de divergência, adotando orientação de que o privilégio estatuído no § 2º do art. 155 do CP mostra-se compatível com as qualificadoras do delito de furto, desde que as qualificadoras sejam de ordem objetiva e que o fato delituoso não seja de maior gravidade. Sendo o recorrido primário e de pequeno valor a res furtiva, verificando-se que a qualificadora do delito é de natureza objetiva - concurso de agentes - e que o fato criminoso não se revestiu de maior gravidade, torna-se devida a incidência do benefício legal do furto privilegiado, pois presente a excepcionalidade devida para o seu reconhecimento na espécie. Precedentes citados do STF: HC 96.843-MS, DJe 23/4/2009; HC 100.307-MG, DJe 3/6/2011; do STJ: AgRg no HC 170.722-MG, DJe 17/12/2010; HC 171.035-MG, DJe 1º/8/2011, e HC 157.684-SP, DJe 4/4/2011. EREsp 842.425-RS, Rel.Min. Og Fernandes, julgados em 24/8/2011.

Informativo nº 0459

Período: 6 a 10 de dezembro de 2010.

Quinta Turma

HC. FURTO PRIVILEGIADO E QUALIFICADO.

Trata-se de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública contra acórdão do TJ em que o paciente foi condenado ao cumprimento de dois anos de reclusão em regime aberto, substituído por prestação de serviços à comunidade por igual período e, ainda, ao pagamento de dez dias-multa por violação do art. 155, § 4º, III e IV, do CP. Isso porque o paciente, juntamente com o corréu e mediante o emprego de chave falsa (mixa), subtraiu para si um aparelho toca-cds que se achava instalado no interior do veículo, sendo que não houve prejuízo à vítima, pois a res furtiva foi recuperada. As instâncias ordinárias reconheceram que o paciente

era primário, bem como que a res furtiva foi avaliada em R$ 150,00 - consta do auto de avaliação indireta juntado aos autos que esse valor era inferior ao salário mínimo vigente de R$ 240,00 à época do delito (janeiro de 2004). Busca a impetração o reconhecimento do furto privilegiado, aplicando-se ao paciente pena de multa; para isso, alega que a conduta perpetrada pelo agente se amolda ao tipo previsto no art. 155, § 2º, do CP. Para o Min. Relator, a questão dos autos envolve admitir ou não, em nosso ordenamento jurídico, a figura do furto qualificado-privilegiado. Assevera que o acentuado desvalor de ação nas hipóteses de furto qualificado não pode ser abalado ou neutralizado pela configuração de dados componentes do furto privilegiado(menor desvalor de resultado e primariedade), visto que o furto privilegiado se identificaria com o furto bisonho de um réu primário. Afirma não guardar o furto privilegiado relação com as maneiras de agir (revoltantes e atrevidas) descritas no § 4º do art. 155 do CP (furto qualificado). Ademais, explica que, se o desvalor de resultado não distingue, em termos do bem jurídico patrimônio, o ilícito penal do ilícito civil, carece de sentido jurídico aceitar que, nofurto, um menor desvalor de resultado possa nulificar o acentuado desvalor de ação (fator decisivo, aqui, na identificação do grau do injusto). Considera ainda o Min. Relator, entre outras questões, que, se fosse aplicado ao § 4º o disposto no § 2º, ter-se-ia acentuada diferença de tratamento penal na aplicação ao réu reincidente em comparação ao primário; no concurso de agentes, o primário ficaria com pena simbólica e o reincidente, com pena acima de dois anos de reclusão (dada a agravante), mas ressalta que a mesma situação poderia ocorrer em processos distintos. Observa, com base na doutrina e na jurisprudência, que, se fosse diferente, toda tentativa de furto seria, em verdade, tentativa de furto privilegiado. Conclui que, ainda que a res furtiva seja de pequeno valor (e não ínfimo, porquanto esse implicaria a incidência do princípio da insignificância) e o réu seja primário, não se aplica ao furto qualificado a minorante do § 2º do mesmo artigo e codex citados. Não obstante os abalizados argumentos do Min. Relator, a Turma, ao prosseguir o julgamento, concedeu a ordem, aderindo, por maioria, ao voto vista do Min. Jorge Mussi, de acordo com a mais recente orientação do Supremo Tribunal Federal a qual afirma não haver qualquer incompatibilidade teórica ou legal da incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP às hipóteses de furto qualificado, desde que as qualificadoras sejam de ordem objetiva e que a pena final não fique restrita à multa. O voto vista aplicou, em favor do paciente, o privilégio do § 2º do art. 155 do CP, observando que sua pena definitiva ficou em oito meses de reclusão, substituída por prestação de serviços à comunidade por igual período em local e hora a serem designados pelo juízo da execução, além do pagamento de sete dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão impugnado. Também noticiou que a Sexta Turma deste Superior Tribunal vem reconhecendo a compatibilidade entre o furto qualificado e o privilégio disposto no § 2º do art. 155 do CP, conforme a orientação do STF. Precedentes citados do STF: HC 102.490-SP, DJe 18/6/2010; HC 97.034-MG, DJe 7/5/2010; HC 99.569-MG, DJe 12/3/2010; HC 99.581-RS, DJe 5/3/2010; HC 96.752-RS, DJe 14/8/2009; HC 96.843-RS, DJe 14/6/2009; no STJ: REsp 77.143-SP, DJ 10/6/1996; REsp 84.671-SP, DJ 17/2/1997; HC 124.238-MG, DJe 7/12/2009, e HC 118.206-MG, DJe 8/6/2009. HC 157.684-SP, Rel. originário Min. Felix Fischer, Rel. para acórdão Min. Jorge Mussi, julgado em 7/12/2010.

A jurisprudência do STF no mesmo sentido:

Ementa: penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Furto qualificado pelo abuso de confiança - art. 155, § 4º, II, do CP. Aplicação da figura privilegiada do § 2º do art. 155

- primariedade e pequeno valor da coisa. Compatibilidade. Precedentes. 1. O furto qualificado privilegiado encerra figura harmônica com o sistema penal no qual vige a interpretação mais favorável das normas penais incriminadoras, por isso que há compatibilidade entre os §§ 2º e 4º do art. 155 do Código Penal quando o réu for primário e a res furtivae de pequeno valor, reconhecendo-se o furto privilegiado independentemente da existência de circunstâncias qualificadoras. Precedentes: HC 96.843, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe de 24/04/2009; HC 97.034, Relator Min. Ayres Britto, 1ª Turma, DJe de 07/05/2010; HC 99.222, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 089/06/2011; e HC 101.256, Relator Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 14/09/2011). 2. In casu, os requisitos legais reclamados pelo § 2º do art. 155 do Código Penal para o reconhecimento do furto privilegiado restaram reconhecidos: primariedade e pequeno valor da coisa subtraída (aproximadamente 100 reais), não devendo prevalecer, no ponto, por contrariar a jurisprudência desta Corte, os acórdãos da apelação e o ora impugnado, porquanto afastaram a aplicação da figura privilegiada sob o singelo fundamento de sua incompatibilidade com a qualificadora do § 4º, II, do art. 155 do Código penal. 3. Recurso ordinário provido para restabelecer a sentença condenatória no ponto em que, reconhecendo a figura privilegiada no crime de furto qualificado, substituiu a pena de dois anos de reclusão por detenção pelo mesmo tempo (RHC 115225 / DF - DISTRITO FEDERAL

Julgamento: 12/03/2013).

Também em trechos de ementas contidas nos informativos n. 519 e 540, respectivamente, se nota a postura do Tribunal:

"Em seguida, salientou-se a compatibilidade, em determinadas hipóteses, da incidência do art. 155, § 2º, do CP, ao furto qualificado ("Art. 155. ... § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa."). Tendo isso em conta, bem como a primariedade do paciente, o pequeno valor da coisa furtada e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59), concedeu-se, de ofício, o writ para se reduzir a pena-base, fixada em 2 anos, em 2/3 (CP, art. 155, § 2º), o que conduz à pena corporal de 8 meses, tornada definitiva. Ademais, diante da regra contida no art. 44, § 2º, do CP, esclareceu-se que a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, consistente na prestação de serviços à comunidade, será feita na forma a ser definida pelo juízo das execuções criminais, no tempo estabelecido para a pena privativa de liberdade. Afastou-se, por fim, a substituição da pena corporal por multa (CP, art. 44, § 2º, 1ª parte) ou a imposição de somente pena de multa (CP, art. 155, § 2º, parte final), em face da circunstância de haver a qualificadora do inciso IV do § 4º do art. 155 do CP.

HC 94765/RS, rel. Min. Ellen Gracie, 9.9.2008. (HC-94765)

"A Turma, superando a restrição do Enunciado 691 da Súmula do STF, deferiu habeas corpus para aplicar a minorante prevista no § 2º do art. 155 do CP ("Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.") à pena de condenado por furto qualificado mediante concurso de pessoas (CP, art. 157, § 4º, IV). Assentou-se, de início, que se deveria considerar como critério norteador a verificação da compatibilidade

entre as qualificadoras (CP, art. 155, § 4º) e o privilégio (CP, art. 155, § 2º) e, a esse respeito, entendeu-se que, no segmento do crime de furto, não haveria incompatibilidade entre as regras constantes dos dois parágrafos referidos. Reputou-se, então, possível, na espécie, a incidência do privilégio estabelecido no § 2º do art. 155 do CP, visto que, apesar de o crime ter sido cometido em concurso de pessoas, o paciente seria primário e a coisa furtada de pequeno valor (R$ 125,00). Tendo isso em conta, reduziu-se, em 2/3, a pena-base fixada em 2 anos e 4 meses de reclusão, o que conduziria à pena corporal de 9 meses e 10 dias de reclusão. Enfatizou-se, por fim, que o cumprimento da pena restritiva de direito, consistente na prestação de serviço à comunidade, será feito na forma a ser determinada pelo magistrado sentenciante, observado, como período, o cumprimento da pena ora fixada.

HC 96843/MS, rel. Min. Ellen Gracie, 24.3.2009. (HC-96843)

Comentário 2

Resposta ao item b também foi baseada na obra dos examinadores, já citados nesta edição. MARINHO, Alexandre Araripe e FREITAS, André Guilherme Tavares de. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 577. Veja-se citação de SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, contida no livro: "Entre os argumentos que amparam a versão sumulada, pode ser citado aquele segundo o qual o legislador, através das causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição, estabeleceu de forma expressa a quantidade de alteração que a sanção deve sofrer na terceira fase do cálculo. Ao contrário, na segunda fase, o legislador não autorizou que se excedesse o mínimo ou o máximo cominado abstratamente, estabelecendo apenas que a pena deveria ser alterada para baixo ou para cima, de acordo com a natureza da circunstância legal verificada".

Comentário 3

A título de acréscimo ao debate da questão em si, interessante a explicação de Bruno Salles Pereira Ribeiro, em seu artigo intitulado 'A possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento de circunstâncias atenuantes: uma nova leitura da função dos marcos penais'. Assim destaca o autor: "Como já pudemos pontuar, o rechaço à tese de que as atenuantes possam diminuir a pena provisória aquém do mínimo legal vai encontrar seu fundamento no antigo art. 42 do Código Penal brasileiro, o qual não distinguia as circunstâncias judiciais e atenuantes e impunha que sua aplicação se circunscrevesse aos limites cominados no preceito secundário do tipo penal. Assim, com fundamento no princípio da legalidade, em respeito ao texto expresso da lei, doutrina e jurisprudência foram uníssonas no sentido de que apenas as causas de diminuição e aumento de pena poderiam exceder os limites estabelecidos nos tipos penais. Além da interpretação dada ao antigo art. 42 do Código Penal, levanta-se um fundamento linguístico para a vedação de extrapolação das circunstâncias legais, bem como para permissão, nos casos das causas de aumento e diminuição. A interpretação semântica dos verbos "aumentar" e "diminuir", como somar ou subtrair, além do já cominado seria o fundamento da possibilidade de se avançar ou recuar fora dos marcos estabelecidos no preceito secundário. Da mesma forma, os verbos "agravar" e "atenuar" guardariam consigo o

sentido de se manter a mesma pena, aplicando-a apenas de maneira diferida, com mais ou menos intensidade". Disponível em: http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/2-A-possibilidade-de-reducao-da-pena-aquem-do-minimo-legal-pelo-reconhecimento--decircunstancias-atenuantes:-uma-nova-leitura-da-funcao-dos-marcos-penais

Comentário 4

É de conhecimento do candidato bem preparado que existem vozes importantes defensoras da possibilidade de redução da pena para aquém do mínimo legal por ocasião da incidência de atenuante. Optou-se por não aduzir tais críticas na resposta por duas razões: a pergunta deseja saber as razões pelas quais o enunciado da súmula 231 deve se impor, e não o contrário. Em segundo lugar, a apresentação das críticas, apesar de enriquecer a questão (talvez não de forma determinante), poderia tomar tempo do candidato para outras questões da prova. A administração do tempo é essencial.

(XXXI CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PENAL -2009) *1ª Questão – TÍCIO, indivíduo do sexo masculino, perfeitamente sadio, com 25 anos de idade, é transexual assumido, manifestando desde a infância, para todos os que o conheciam, o desejo de eliminar os genitais masculinos e perder todas as características primárias e secundárias de seu sexo anatômico natural, para adquirir as do sexo oposto. Tal insatisfação com suas características sexuais sempre causou a TÍCIO grande sofrimento psíquico, apresentando constantes quadros de depressão e forte desejo de automutilação. Através da indicação de amigos, TÍCIO procurou o cirurgião MÉVIO para consultá-lo a respeito de cirurgia de mudança de sexo e o cirurgião propôs a TÍCIO a realização de procedimento cirúrgico denominado neocolpovulvoplastia, consistente na amputação do pênis, retirada dos testículos e posterior criação, através de técnicas de cirurgia plástica, de uma cavidade com aparência de órgão sexual feminino. Após assinatura de termo de concordância expressa do paciente, a cirurgia foi realizada em 23 de março de 2009, no Hospital XXX, com absoluto sucesso, sendo certo que TÍCIO ficou extremamente satisfeito com sua nova condição anatômica. Outrossim, cessaram inteiramente os problemas psíquicos decorrentes de sua insatisfação com o sexo masculino. Tomando conhecimento do fato, determinada associação religiosa, através de seu advogado, ofereceu notícia de crime perante a Autoridade Policial, imputando ao cirurgião MÉVIO, a FÚLVIO, médico assistente, a SEMPRÔNIO, médico anestesista e a NEIDE e PERLA, respectivamente instrumentadora e enfermeira, a prática do crime capitulado no art. 129, parágrafo 2º, III, do Código Penal, ressaltando ser o corpo humano dádiva divina e a integridade corporal protegida pela Constituição da República. Instaurado inquérito policial, os fatos foram integralmente comprovados e o laudo de exame de corpo de delito a que TÍCIO foi submetido constatou a existência de lesão à integridade física e perda da função reprodutora pela retirada da bolsa escrotal, dos testículos e do pênis. Relatado, o inquérito foi encaminhado ao Ministério Público para a "opinio delicti". Na qualidade de Promotor de Justiça, analise os fatos sob o aspecto*

jurídico-penal e redija a peça que entender cabível. OBS: A PEÇA NÃO DEVERÁ SER ASSINADA, SOB PENA DE ELIMINAÇÃO DO CONCURSO.

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

EXMO.SR.DR.JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE ________ DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REFERÊNCIA - AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL nº____________

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, presentado pela __Promotoria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que a esta subscreve, em obediência ao art. 43, III da Lei 8.625 e no uso de suas atribuições, vem apresentar

PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO

pelas razões a seguir descritas.

I. Do Relatório

O presente inquérito policial foi instaurado a partir de notícia de crime oferecida por associação religiosa, por intermédio de seu advogado, ofereceu notícia de crime imputando ao cirurgião Mévio, a Fúlvio, médico assistente, a Semprônio, médico anestesista e a Neide e Perla, respectivamente instrumentadora e enfermeira, a prática do crime capitulado no art. 129, parágrafo 2º, III, do Código Penal, ressaltando ser o corpo humano dádiva divina e a integridade corporal protegida pela Constituição da República.

Realizadas as diligências, os fatos foram integralmente comprovados e o laudo de exame de corpo de delito a que Tício foi submetido constatou a existência de lesão à integridade física e perda da função reprodutora pela retirada da bolsa escrotal, dos testículos e do pênis.

Eis o breve relatório.

II. Da Fundamentação

Ao regular exercício da ação penal é imprescindível a demonstração de que a imputação realizada não é temerária, mas lastreada em um suporte indiciário mínimo ou justa causa, o que inclui a presença de indícios de autoria, existência material do crime, enquanto fato objetiva e subjetivamente típico e um mínimo de convicção a partir dos elementos informativos quanto à antijuridicidade e culpabilidade da conduta. Este proceder decorre do sistema acusatório moderno e da premissa de que o ônus da prova cabe à acusação, concretizando nada menos do que o comando do art. 41 do Código de Processo Penal, o qual impõe que a ação penal contenha a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias.

As condutas dos profissionais da área médica, investigadas nos autos do inquérito policial em epígrafe, não correspondem a um conjunto indiciário mínimo capaz de

afirmar a existência de um fato típico com algum início de prova de antijuridicidade e culpabilidade. Isto porque não se constatam: a) elementos afirmativos de adequação típica subjetiva (inexistência de dolo) e b) elementos indicativos de antijuridicidade das condutas em virtude da concorrência de causa excludente de ilicitude manifesta, a saber, o exercício regular de direito à luz da incidência de consentimento do ofendido válido e legitimamente obtido.

A hipótese fática dos autos traz a lume a situação de (i) uma pessoa maior de idade, com 25 (vinte e cinco) anos; (ii) que apresenta saúde plena; (iii) evidente descompasso entre o sexo anatômico biológico e o perfil psicológico e existencial, desde cedo. Situação esta que é (iv) de conhecimento geral no círculo social daquela, bem como são patentes (v) o desejo de Tício de apresentar um corpo compatível com a sua orientação psicológico-existencial, pleito perfeitamente legítimo em função da dignidade da pessoa humana, e (vi) o profundo sofrimento em virtude do descompasso apontado. Além disto, houve (vi) expresso consentimento do ofendido, mediante termo assinado, após consulta esclarecedora das técnicas e conseqüências do procedimento cirúrgico aplicável.

Imperioso destacar que a transexualidade é classificada pela Organização Mundial de Saúde como transtorno de identidade de gênero dentro da categoria das disfunções sexuais, fatores delineados pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes para a situação da saúde. A Portaria 1.707 de 2008 do Ministério da Saúde e a Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, em seus arts. 3º e 4º, autorizam a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia desde que preenchidos requisitos mínimos, a saber: desconforto com o sexo anatômico natural; o desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; a permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; a ausência de outros transtornos mentais; o diagnóstico médico de transgenitalismo; ser a pessoa maior de 21 (vinte e um) anos e a ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia. Tais requisitos estão preenchidos no caso vertente.

Destarte, em primeiro lugar, não há elementos suficientes que permitam afirmar a existência de dolo. Sendo (a) o dolo a vontade consciente de realizar os elementos constitutivos do tipo penal e sendo (b) a intervenção médico-cirúrgica autorizada, segura e realizada com finalidade terapêutica de adequação do sexo anatômico natural ao sexo psicológico de Tício, não há na conduta dos profissionais responsáveis pela cirurgia a vontade de lesionar o bem jurídico integridade física, mas, ao revés, vontade consciente direcionada a produzir um resultado terapêutico, o que vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana, pilar republicano, no contexto do próprio direito à saúde, da autorrealização da própria personalidade e da vedação constitucional à discriminação. Não há suporte indiciário de que houve dolo de lesionar, o que torna impossível a afirmação da tipicidade subjetiva da conduta.

Em segundo lugar, se há previsão normativa autorizando e fomentando a cirurgia nos moldes acima delineados, inclusive pelo S.U.S, então há uma clara hipótese de exercício regular de direito (CP, art. 23, inciso III, in fine) lastreado em consentimento do

ofendido regular e validamente manifestado e obtido. As condutas dos profissionais de saúde investigadas nos autos do inquérito policial encontram-se, portanto, de acordo com o conjunto de proibições e permissões do ordenamento jurídico-penal brasileiro. O que é permitido e, segundo a mencionada Portaria, inclusive, fomentado nas hipóteses aplicáveis, não pode ser considerado ilícito.

O consentimento do ofendido é causa supralegal de exclusão da ilicitude e, para que seja aplicável, exige a concorrência de alguns requisitos: a) a concordância livre do ofendido, isto é, sem coações, fraudes ou outros vícios que maculem a vontade manifestada; b) a disponibilidade do bem jurídico lesionado ou posto em perigo; c) que no instante do consentimento, o ofendido esteja ciente das conseqüências e do real significado e alcance da decisão que dispõe do bem jurídico em questão. Noutros termos, o consentimento deve ser informado, bem como o ofendido deve ser capaz e estar em condições de consentir quando da disposição do bem jurídico. Por fim, deve haver relação de identidade entre a conduta lesiva do bem jurídico acerca do qual o ofendido dispôs com o que efetivamente estava previsto, de modo que a conduta concretamente não extrapole os limites do consentimento. Considerando que a cirurgia foi, comprovadamente, exitosa e atingiu a finalidade terapêutica pretendida em benefício de Tício, o consentimento foi válido, legítimo e eficaz.

III. Da Conclusão

Considerando que o princípio da obrigatoriedade da ação penal tem como pressuposto a afirmação de indícios de autoria, de prova da existência do delito enquanto fato objetiva e subjetivamente típico, além de alguma prova da antijuridicidade e culpabilidade da conduta, perfazendo-se suporte indiciário mínimo apto a descrever e imputar a conduta criminosa com todas as suas circunstâncias e que no caso vertente não há elementos para afirmar a adequação típica subjetiva da conduta ao crime de lesão corporal grave, bem como não há, minimamente, elementos para afirmar a antijuridicidade da conduta, sem prejuízo do art. 18 do Código de Processo Penal, requer o Ministério Público, com fulcro no art. 28, CPP, o arquivamento dos autos do inquérito policial em comento.

Comentário 1

O Enunciado n. 06 da I Jornada do CJF assevera que "a expressão "exigência médica" contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente". O Enunciado n. 276, da IV Jornada do CJF, por seu turno, destaca que "o art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil". Se a conduta da equipe médica não desafiaria sequer ilícito civil, com muito mais razão não há se falar em ilícito penal.

Comentário 2

Segundo a doutrina, o consentimento do ofendido ora pode funcionar como causa de exclusão da tipicidade ou consentimento destipificante (Die tatbestandsausschließende Einverständnis) sob a forma de concordância, ora como causa de exclusão da ilicitude ou consentimento justificante (Die rechtfertigende Einwilligung). Como assevera Roxin, funciona como causa de exclusão de tipicidade naqueles casos em que 'a ação típica pressupõe já conceitualmente um agir contra ou sem a vontade do ofendido' [...bei denen die Tatbestandhandlung schon begrifflich ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Verletzten voraussetzt]. Por seu turno, o consentimento do ofendido como exclusão da antijuridicidade ou, no dizer de Roxin, o consentimento em sentido estrito, só deve ser concedido quando o consentimento do portador do respectivo bem jurídico tiver efeito de justificação, sem excluir a realização do tipo. Neste ponto, ainda segundo o autor, os exemplos mais significativos são os tipos penais de lesão corporal (como no caso da pergunta) e de dano. [in: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4.ed. München: CH Beck, 2006, p. 540]. Ou, ainda, nas palavras certeiras de Wessels "diferentemente do consentimento excludente do tipo, o consentimento justificante é por sua natureza uma renúncia à proteção jurídica. Seu âmbito de influência restringe-se, por isso, aos casos nos quais o ordenamento jurídico concede a possibilidade aos protegidos de fazer uso de seu direito de autodeterminação por meio da renúncia de seus bens". [Anders als das tatbestandsausschließende Einverständnis ist die reschtfertigende Einwilligung ihrem Wesen nach ein Verzicht auf Rechtsschutz. Ihr Wirkungsbereich beschränkt sich daher auf Fälle, in denen die Rechtsordnung dem Geschützten die Möglichkeit einräumt, von seinem Selbstbestimmungsrecht durch Preisgabe seiner Güter Gebrauch zu machen" - In: WESSELS/BEULKE. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. 39.ed. Heidelberg: CF Müller, 2009, p.130].

Comentário 3

É de conhecimento geral do estudioso do direito penal a tese de Eugênio Raúl Zaffaroni, segundo a qual, a partir da teoria da tipicidade conglobante, a hipótese da questão daria azo à exclusão da tipicidade. Pois, com base no princípio republicano, o que é fomentado pelo Estado não pode, simultaneamente, ser considerado típico para fins de relevância penal. Não obstante o reconhecimento do valor da teoria, neste ponto, na obra de um dos examinadores, é relevante citar passagem do livro deste sobre a discussão: "Aplica-se o conceito de antinormatividade fundamentalmente para recolocar os casos de condutas justificadas pelas causas legais de exclusão de ilicitude do estrito cumprimento de dever legal (v.g., o oficial de justiça que, munido de mandado, viola uma residência para realizar uma diligência) e do exercício regular de direito (v.g, intervenções cirúrgicas; violência esportiva) e da causa supralegal relativa ao consentimento do ofendido, no âmbito da própria tipicidade, retirando essas causas da esfera da antijuridicidade. (...) Conquanto reconheçamos que o conceito de antinormatividade faz sentido, na verdade é válido somente de lege ferenda, vez que, não há dúvida de que o legislador expressamente incluiu o estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito entre as causas de exclusão de ilicitude..." (MARINHO, A.A.; FREITAS, André G.T de. Manual de Direito Penal - Parte Geral...p.242, 243).

(XXXI CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PENAL –2009) *2ª Questão – Estabeleçaas diferenças entre as circunstâncias judiciais, as qualificadoras, as agravantes e atenuantes e as causas de aumento e de diminuição, indicando em que momentos da aplicação da pena devem ser consideradas e os critérios para a respectiva dosagem.*

Autor: Leonardo Zulato

Sugestão de resposta

Os tipos penais são formados por uma unidade subjetiva e objetiva de elementos descritivos e normativos. Diferentemente, as circunstâncias são aspectos exteriores ao tipo penal, não contribuindo para existência ou não existência do delito. Essas tampouco alteram a designação típica. As circunstâncias, assim, são dados e fatos exteriores ao tipo influenciando na mensuração da pena, ou seja, no seu abrandamento ou exasperação.

Neste sentido, o estudo das circunstâncias é de suma importância para a correta aplicação da pena e podem ser divididas em duas espécies, basicamente, circunstâncias judiciais e circunstâncias legais, classificadas estas últimas como agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição de pena.

As circunstâncias judiciais são aquelas que a lei não define, deixando a cargo do juiz a função de identificá-la e mensurá-las concretamente. As circunstâncias judiciais estão previstas no artigo 59 do Código Penal. Ressalte-se que há o dissenso doutrinário de que estas também seriam circunstâncias legais, vez que a lei expressamente prevê a sua observância pelo magistrado na dosimetria da pena.

As circunstâncias judiciais possuem suma relevância na fixação da sanção penal e devem ser utilizadas na fundamentação da escolha qualitativa da pena (artigo 59, I), na fixação quantitativa da pena (artigo 59, II), no regime inicial de cumprimento de pena (59, III) e na substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (59, IV).

As circunstâncias judiciais são a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, circunstâncias e consequências do crime, e o comportamento da vítima. Estas são analisadas na fixação da pena-base.

As circunstâncias legais, como dito acima, estão expressamente relacionadas na lei. Dividem-se em agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição de pena. Podem ser genéricas se estiverem previstas na Parte Geral do Código Penal ou específicas caso previstas na Parte Especial do Código Penal.

Saliente-se, por oportuno, que as qualificadoras e os privilégios são elementares do tipo derivado, não se podendo dizer que estas são circunstâncias ou elementos acidentais, mas sim verdadeiras elementares adicionais ao tipo fundamental. Em razão dessas novas elementares, há previsão de novos limites de pena, diferenciando as penas do tipo fundamental e do tipo derivado. As qualificadoras são elementares previstas no tipo derivado que provocam a fixação de maiores limites de cominação de pena.

Nesse sentido, as qualificadoras identificam o tipo derivado ao qual se adéqua a conduta, antes mesmo da fixação da pena-base.

As agravantes são circunstâncias legais genéricas previstas taxativamente nos artigos 61 e 62 do Código Penal. Estas devem necessariamente ser reconhecidas pelo juiz e exasperam a pena-base na segunda fase da dosimetria da pena. Incidem, apenas, nos crimes dolosos, ressalvada a hipótese de reincidência que incide também nos crimes culposos. As atenuantes são circunstâncias legais genéricas previstas exemplificativamente nos artigos 65 e 66 do Código Penal. Estas reduzem a pena-base na segunda fase da dosimetria da pena. Os quantitativos de aumento ou de diminuição da pena-base em função das atenuantes ou agravantes não foram previstos pelo legislador.

As causas de aumento e diminuição de pena são circunstâncias legais que determinam a majoração ou minoração da pena intermediária através de frações previstas pelo legisladorde forma fixa ou variável. Esta característica as diferencia das agravantes e atenuantes, vez que estas não possuem patamar de majoração ou minoração previsto em lei. Ademais, diferenciam-se das agravantes e atenuantes por serem consideradas na terceira fase da dosimetria da pena. Tampouco se confundem com qualificadoras ou privilégios, eis que estes são elementares do tipo derivado e são levadas antes mesmo da fixação da pena-base.

O artigo 68 do Código Penal prevê que a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 (circunstâncias judiciais - primeira fase da dosimetria); em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes (segunda fase da dosimetria da pena); por último, as causas de diminuição e de aumento (terceira fase da dosimetria da pena). Este é o sistema trifásico da dosimetria da pena.

Há grande divergência sobre a forma de dosagem das circunstâncias judiciais e do ponto de partida da pena.

Parte da doutrina sustenta que a pena-base parte do mínimo legal. Outros defendem o termo médio que é a soma da pena máxima com a pena mínima dividido por dois.

No que toca à dosagem das circunstâncias judiciais, alguns doutrinadores sustentam o critério matemático, sendo que a pena-base deve ser majorada em 1/8 (um oitavo)a cada circunstância judicial reconhecida de forma negativa. Essa fração incidiria sobre a diferença entre a pena máxima e a pena mínima. Outros defendem a utilização da proporcionalidade, sem a fixação de um patamar único.

Em relação às agravantes e atenuantes, a doutrina sustenta, face o vazio legislativo, que as agravantes ou atenuantes preponderantes majoram ou minoram a pena-base fixada na primeira fase da dosimetria da pena em 1/6 (um sexto). Outros autores sustentam a aplicação de patamares proporcionais, sem valores fixos.

Saliente-se que a pena intermediária não pode ficar aquém do mínimo legal, conforme enunciado n.º231 da súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Além disso, o artigo 67 do Código Penal revela as agravantes e atenuantes preponderantes na hipótese de concurso entre estas. No caso de concurso, parte da

doutrina sustenta a neutralização de ambas, agravantes e atenuantes, mantendo-se a pena-base. Outros pensadores sustentam a majoração ou redução em menor patamar, ou seja, 1/12 (um doze avos), por exemplo. Tal fração importaria em não desconsiderar nenhum aspecto relevante para a produção da norma jurídica justa.

As causas de aumento e diminuição de pena são aplicadas na terceira fase da dosimetria da pena. Estas não devem respeito aos limites mínimos ou máximos da pena prevista em abstrato. As causas de aumento e diminuição devem ser aplicadas em cascata. Esta regra evita que se chegue a uma pena zero na hipótese de concursos de causas de diminuição. O parágrafo único do artigo 68 do Código Penal autoriza ao juiz aplicar apenas um aumento ou uma diminuição no concurso de causas especiais de aumento ou diminuição. As frações fixas são aplicadas sem possibilidade de majoração ou redução de seu patamar. As frações variáveis são aplicáveis de acordo com a intensidade da majorante ou da minorante, ou seja, depende da natureza da cada causa.

Comentário 1

Resposta baseada na obra de Marinho, Alexandre Araripe; e Freitas, André Guilherme Tavares, Manual de Direito Penal. 2ª Edição. Lumen Juris Editora, fls.517/584.

Comentário 2

A questão data de 2010. Hodiernamente, seria de suma relevância abordar a temática da compensação entre a confissão espontânea e a reincidência. Para o STJ, "(...)HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. (...) 2) CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. ERESP N. 1154752/RS. (...)ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. - Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, se a confissão do réu, ainda que parcial, for utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese, de rigor a incidência da respectiva atenuante.- Esta Corte Superior, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, pacificou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas são igualmente preponderantes.(...) Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente.(HC 246.258/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 27/03/2015) "quando do julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS (DJe 4.9.2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento no sentido de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal.". Contudo, o STF ainda possui jurisprudência no sentido da preponderância da reincidência "Ementa: Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade 1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, "a agravante da reincidência

prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada" (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. (HC 105543, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 26-05-2014 PUBLIC 27-05-2014)."

Comentário 3

Também seria prudente abordar o enunciado n.º 443 da súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.".

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

7.1. PROVAS PRELIMINARES

(XXXIII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2014) *Questão 10 - Direito Processual Civil - Funcionário Público estadual, inconformado com o ato editado pelo Governador do Estado, que o demitiu do serviço público, intentou ação, sob o rito ordinário, em que pleiteava a sua invalidação, sob o fundamento de que não cometera o ilícito funcional que lhe havia sido atribuído. A demanda foi distribuída à 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital e recebeu juízo positivo de admissibilidade em 10 de agosto de 2013, tendo ocorrido a citação válida em 20 de setembro do mesmo ano. Antes da prolação da sentença, o mesmo servidor propôs uma nova ação, também sob o rito ordinário, na qual alegou a existência de vícios formais no processo administrativo disciplinar que teriam importado no cerceamento do seu direito de defesa, para postular, de igual modo, a desconstituição do ato demissório editado em seu desfavor. A segunda ação foi distribuída à 3ª Vara de Fazenda Pública da Capital, com provimento liminar positivo em 12 de setembro de 2013 e citação válida efetivada no dia 18 do mesmo mês. Diante da existência de ambos os feitos, qual a consequência processual daí decorrente? E se a segunda demanda fosse veiculada através de mandado de segurança, embora apoiada nos mesmos fundamentos fático-jurídicos da primeira demanda? Resposta objetivamente fundamentada.*

Autora: Vania Cirne

Sugestão de resposta

Trata-se da possibilidade de reunião das causas, em virtude da conexão, ante a identidade do direito material. Com efeito, a conexão importará na reunião dos processos no juízo prevento, ou seja, na 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, onde foi proferido o primeiro provimento liminar positivo (10/08/2013). A citação válida (requisito de eficácia do processo em relação ao réu e validade dos atos subsequentes) tornou prevento o juízo (artigos 106, 219 e 263, do CPC). Todavia, se a segunda demanda fosse veiculada por meio de mandado de segurança, ainda que com o mesmo suporte fático-jurídico, não caberia a reunião das causas, eis que compete ao Tribunal de Justiça o julgamento do writ contra ato do Governador do ERJ (art. 161, IV, "e", 1, da CERJ) e, em se tratando de competência funcional, não cabe modificação.

Comentários

1- A presente questão possui enunciado extenso, merecendo a devida atenção do candidato para informações importantes, como datas, rito, causa de pedir e pedidos das ações. A questão nodal é a possibilidade ou não de reunião das demandas, em razão da conexão, fato jurídico processual que importa na modificação da competência relativa. Para alcançar a resposta, portanto, necessário abordar temas como citação, prevenção, competência (inclusive a funcional, que é absoluta) e conexão.

2- Da citação

A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa e, ainda quando determinada por "juiz" incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição, consoante disposto no artigo 219, do Código de Processo Civil.

Nos termos do artigo 263, a propositura da ação somente possui o condão de produzir os efeitos acima, quando o réu for validamente citado.

Com efeito, consiste a citação em condição de eficácia do processo em relação ao réu, e requisito de validade dos atos processuais posteriores. A nulidade processual em razão da ausência da citação pode ser reconhecida a qualquer tempo, tratando-se de vício "trasnrescisório", conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Destarte, regularmente citado o réu, prevento será o juízo que proferiu o primeiro juízo positivo de admissibilidade, ou "despacho" liminar positivo, como preferem alguns. Ao determinar a citação, entendeu o juiz que deve ser admitida a demanda. Por tal motivo, há controvérsia na doutrina no que tange à natureza jurídica do "cite-se", ou seja, se constitui mero despacho ou decisão interlocutória.

José Carlos Barbosa Moreira concebe o "cite-se" como a decisão que admite a petição inicial, julgando-a apta a desencadear o processo. Por possuir conteúdo decisório, o "cite-se" é recorrível. Do contrário, caso se considere mero despacho, será irrecorrível, por força do artigo 504 do CPC.

3- Da prevenção

Feitas tais considerações, cumpre ressaltar a importância da data da admissão da demanda. Explica-se. De acordo com o artigo 106 do CPC, quando tramitam separadamente duas ações conexas perante juízes com a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar. Ora, a questão nos informa que a competência de ambos os juízos é idêntica (1ª e 3ª Varas de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Rio de Janeiro), logo, prevento será aquele que proferiu o primeiro "cite-se", com a subsequente citação válida. Nesse caso, prevento e, portanto, competente, será o juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, cujo juízo positivo de admissibilidade ocorreu em 10 de agosto de 2013. Observe-se que, em que pese a citação válida ter ocorrido posteriormente, o juízo será prevento por ter "despachado" em primeiro lugar, em consonância com o mencionado artigo 106 do CPC. Situação diversa seria em caso de não haver citação válida. Nessa hipótese, a prevenção não se concretizaria, em observância ao artigo 219 c/c artigo 263, do CPC.

4 - Da conexão

Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir, nos termos do artigo 103, do CPC. Trata-se a conexão de vínculo, elo, liame de semelhança entre duas causas pendentes, seja pelo objeto litigioso, seja pelos fundamentos da ação.

Há crítica por parte da doutrina no tocante à definição de conexão disposta no predito artigo. Adotou-se no nosso Código de Processo Civil a teoria tradicional, segundo a qual a conexão consiste na identidade de pedido e causa de pedir. Já a teoria de Carnelluti preleciona que conexão é identidade de questões, vale dizer, para que demandas sejam consideradas conexas, bastará que ambas sejam sede de discussões acerca de determinadas razões de direito e de fato comuns. Já a teoria materialista concebe a conexão quando houver identidade da relação jurídica de direito material. Ou seja, causas que versem sobre a mesma questão de direito material, ainda que sob enfoques diversos, serão reputadas conexas. Tal teoria é bem recebida, por render homenagem ao princípio da economia processual, e por garantir julgados uniformes em casos semelhantes.

No caso em comento, existe conexão entre as ações, em virtude de ambas versarem sobre o ato demissório, uma para a discussão dos supostos vícios que inquinaram o processo administrativo disciplinar que culminou no referido ato (vício formal) e a outra ao argumento de inexistência da infração funcional (vício material). Consignamos que não será discutida a questão da independência entre as esferas civil e administrativa, eis que tal matéria atine ao Direito Administrativo.

Destarte, reconhecida a conexão, a consequência será a reunião dos processos, para evitar decisões contraditórias, porquanto se trata de competência relativa, in casu. A conexão importará modificação da competência. Cumpre ressaltar que a reunião dar-se-á no juízo prevento, ou seja, na 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital.

Frise-se que não cabe modificação da competência absoluta, mas tão somente da relativa.

Cabe ressaltar, ainda, que não se deve confundir a conexão com seu efeito, que é a reunião de processos.

Por fim, em que pese não ter sido perguntado, insta observar que ao réu cabe alegação de conexão em preliminar de contestação: a conexão pressupõe competência, tendo sido a mesma modificada. Não se confunde com a exceção de incompetência, portanto.

5 - Da competência

Passa-se a tecer breves considerações acerca da competência.

Como é cediço, a competência consiste no resultado de diversos critérios existente para a distribuição das atribuições relativas ao desempenho da jurisdição entre os órgãos do Poder Judiciário.

Nesse contexto, vale consignar que a jurisdição consiste na função estatal de prevenção e composição de conflitos, aplicando o direito ao caso concreto.

Fixa-se a competência quando da propositura da demanda, com vistas à estabilidade do processo. Tal regra é traduzida como a denominada perpetuação da jurisdição

(perpetuatio jurisdicionis). Desse modo, fixada a competência, não caberá alteração, via de regra, comportando-se as exceções adiante comentadas.

A competência pode ser absoluta, fixada com base no interesse público, em razão da matéria ou hierarquia (funcional), ou relativa, estabelecida em virtude do valor ou do território (tendo por exceções o artigo 95 do CPC e o artigo 80 da Lei 10741/2003).

Conforme brevemente explanado acima, somente a competência relativa pode ser modificada em razão da conexão ou continência.

A competência absoluta, excepcionalmente, poderia sofrer alteração em caso de supressão de órgão judiciário ou por alteração superveniente da competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Ademais, a incompetência absoluta pode ser alegada a qualquer tempo, inclusive por meio de ação rescisória, devendo ser reconhecida ex officio pelo magistrado.

6 - Da competência funcional

Fixada em razão do interesse público, tal espécie de competência está atrelada à distribuição das funções a serem exercidas no processo. Vicente Greco Filho classifica a competência funcional como sendo: por graus de jurisdição (originária ou recursal); por fases do processo; por objeto do juízo (declaração de inconstitucionalidade, prevista no artigo 480 do CPC).

Impende asseverar que a competência dos tribunais é regida por normas da Constituição da República e de organização judiciária, em observância ao disposto no artigo 93 do CPC.

Nesse diapasão, a competência para julgamento de mandado de segurança, sendo a autoridade inquinada como coatora o Governador do Estado do Rio de Janeiro, é do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, consoante artigo 161, inciso IV, aliena "e", número 1, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Desta feita, não caberia reunião entre os processos, caso um deles consistisse em mandado de segurança.

(XXXIII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2014) *Questão 11 – Direito Processual Civil – Uma lei estadual instituiu o "passe livre" no transporte intermunicipal, em favor de profissionais da educação. O sindicato dos professores de um determinado Município ingressou com ação civil pública na qual pleiteia a outorga do referido "passe livre" em favor da categoria que representa. Em sede preliminar, o Estado alegou ausência de condição da ação, sob o argumento de que não teria sido observada a indivisibilidade do interesse coletivo, dado que o sindicato não representa as demais categorias de profissionais de educação, nem os professores sediados em outros Municípios. Alegou-se, ainda, que o sindicato não apresentou autorização específica dos integrantes da categoria para a propositura da ação. Por fim, foi suscitado o fato de que diversas ações individuais sobre o mesmo tema já estavam em curso. Analise. Resposta objetivamente fundamentada.*

Autor: Bruno Rinaldi

Sugestão de resposta

Os argumentos apresentados pelo Estado não merecem prosperar. Em primeiro lugar, cumpre reparar que foi observada a indivisibilidade do interesse coletivo, vez que, conforme art. 81, parágrafo único, II, da Lei nº 8.078/90, este se limita justamente a um grupo, categoria ou classe - o que foi visto em concreto, pois quem está em juízo é o sindicato de professores, abarcando toda a categoria no Município, sendo inexigível condicionar o direito a eventual litisconsórcio ativo. Além disso, conforme Enunciado nº 629, da Súmula do STF, não há a necessidade de autorização específica por parte dos integrantes da categoria. Por fim, tendo em vista o disposto no art. 104, da Lei nº 8.078/90, verifica-se que é possível a tramitação simultânea de ações individuais e coletivas, assegurando-se aos litigantes individuais a possibilidade de suspensão da demanda singular ("right to opt out").

Comentário 1

Há dois aspectos a serem observados. Em primeiro lugar, é pertinente lembrar que o certame diz respeito ao ingresso na carreira do Ministério Público. Sob essa perspectiva, é certo que o Promotor de Justiça goza de independência funcional, mas é recomendável que se analise o problema com um enfoque favorável à concretização dos direitos transindividuais, visto que a tutela coletiva é uma das principais atribuições ministeriais. Mostra-se pertinente, pois, que o candidato forneça resposta pensando como uma hipótese real, como se membro da instituição já fosse. Não é razoável, portanto, um viés estritamente fazendário - até mesmo porque, no caso concreto, não é essa a interpretação mais correta.

Comentário 2

Além disso, é recomendável examinar com calma a situação apresentada, identificando os pontos controvertidos levantados e fornecendo respostas absolutamente diretas e objetivas, sem maiores delongas, dada a limitação de espaço para resposta.

(XXXII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2011) *Questão 10 – Direito Processual Civil – Tendo tomado conhecimento através da imprensa das precárias condições de atendimento de determinada Instituição de Longa Permanência, a Defensoria Pública ajuíza Apuração Judicial de Irregularidades, visando à interdição da entidade. É deferida medida liminar determinando que a entidade se abstenha de receber novos hóspedes até o julgamento final da lide. Em sua contestação, a entidade alega, dentre outras coisas, que celebrou um termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público visando à adequação de suas instalações e do serviço prestado. Como deve se posicionar o Ministério Público ao ser intimado a intervir no processo?*

RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.

***Autor:** Rafael Schinner*

Sugestão de resposta

Partindo da premissa de que foi celebrado TAC para adequar instalações e serviço, carece de interesse de agir o manejo de Apuração Judicial de Irregularidades cujo objeto seja a interdição e cuja causa de pedir sejam as precárias condições de atendimento. O TAC possui eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, §6º, da LACP), sendo que qualquer colegitimado à propositura de ACP pode executá-lo, ou comunicar seu descumprimento ao Ministério Público, que adotará as medidas pertinentes. Desta forma, como membro do parquet, opinaria pela prolação de sentença terminativa com fulcro no art. 267, IV, do CPC (carência da ação).

Comentários

A trilogia estrutural do direito processual (ação, processo e jurisdição) é tema sempre cobrado no concurso de ingresso para o MPRJ. O candidato que souber trabalhar com os institutos basilares do processo civil conseguirá responder grande parte das questões.

No caso em comento, o enunciado aduz que a Defensoria Pública ajuizou Ação "de Apuração de Irregularidades em Entidade de Atendimento", ação esta de caráter coletivo e cujo rito, especial, está previsto nos artigos 64 a 68 do Estatuto do Idoso.

Pelo que narra o enunciado, a Defensoria Pública pleiteou a interdição da unidade, valendo-se, como causa de pedir fática, das condições precárias de atendimento ali verificadas.

A questão aborda as consequências que a prévia celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta acarretam em ação civil pública manejada por quem não tenha celebrado o acordo.

A doutrina em geral soluciona este problema pela carência da ação civil pública por falta de interesse de agir (SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Ação Civil Pública e Inquérito Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 80-83). Afinal, a celebração do TAC objetiva precisamente evitar os percalços da ação judicial de conhecimento, pulando esta pesada etapa do acesso à jurisdição (SHIMURA, Sérgio. Tutela Coletiva e sua efetividade. São Paulo: Método, 2006, p. 135).

O ajuizamento de ação civil pública só seria possível para suprir eventual omissão do TAC (MILARÉ, Edis. Apud RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (org.). Op. cit., p. 207/208). Caso houvesse algum vício apto a invalidar, no todo ou em parte, o TAC celebrado com o Ministério Público, a possibilidade de ajuizamento direto de ação civil pública por outro colegitimado, independentemente de anulação ou declaração de nulidade da avença, é controvertida. Alguns autores defendem a possibilidade de ajuizamento direto, incluindo a discussão a respeito da validade do TAC como tema incidenter tantum no bojo da ação civil pública (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 367.). Outros defendem que o ajuizamento prévio de ação

declaratória da nulidade ou ação anulatória do TAC é imprescindível (ROGRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.202-206).

Infelizmente, o curto espaço de resposta não permite entrar nestas interessantes discussões.

Poder-se-ia questionar se a medida mais correta não seria opinar pela suspensão do processo até que cumpridas as cláusulas do TAC, aplicando-se, por analogia, o que dispõe o §3º do art. 68 do Estatuto do Idoso, verbis:

Art. 68. Apresentada a defesa, o juiz procederá na conformidade do art. 69 ou, se necessário, designará audiência de instrução e julgamento, deliberando sobre a necessidade de produção de outras provas.

(...)

§3º Antes de aplicar qualquer das medidas, a autoridade judiciária poderá fixar prazo para a remoção das irregularidades verificadas. Satisfeitas as exigências, o processo será extinto, sem julgamento do mérito.

Embora defensável esta tese, cuida-se de solução que não parece a mais adequada. Se o Ministério Público celebrou TAC com a referida unidade de atendimento, então esforços foram envidados para que os serviços prossigam ali sendo prestados. O objeto do TAC consistiu, ao que consta do enunciado, em compelir a unidade a remover os ilícitos nela verificados. Caso haja descumprimento das cláusulas, o Ministério Público, ou outro colegitimado para a ação civil pública, poderá executar o TAC, cobrando as astreintes ou, caso estas não surtam o efeito almejado, procurando outra medida que assegure o resultado prático equivalente, evocando, para tanto, o art. 461, cabeça, do CPC. Observe-se que a interdição da unidade seria a estratégia de ultima ratio do Ministério Público. Por isso, não soa estrategicamente prudente suspender a Averiguação de Irregularidades, sendo que a razão desta suspensão seria apenas sobrestar a interdição.

A questão não discute a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar a demanda em apreço. O candidato deve ter cuidado para não perder o foco. O art. 65 do Estatuto do Idoso inclui, dentre os legitimados para o ajuizamento da Apuração de Irregularidade, "pessoa interessada" e o Ministério Público. Nada é dito a respeito da Defensoria Pública ou de outro órgão. Defender a ilegitimidade da Defensoria Pública para esta demanda, ainda assim, soaria extravagante, sobretudo porque o Estatuto do Idoso integra o microssistema processual coletivo e, por isso, atrai a aplicação do art. 5º, II, da LACP, com a redação dada pela Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Ademais, seria um desperdício de precioso espaço de resposta. Entretanto, se esta fosse uma questão de segunda fase, este debate deveria ser ventilado.

Fica a dica: o domínio das categorias basilares da teoria geral do processo é crucial para o bom desempenho nas provas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e em quaisquer de suas fases.

(XXXII Concurso - PROVA PRELIMINAR -2011) *Questão 11 - Direito Processual Civil - "Atos processuais são todos os que constituem a sequência de atos, que é o próprio processo, e todos aqueles que, dependentes de certo processo, se praticam à parte, ou autônomos, para finalidade de algum processo, ou com o seu fim em si mesmo - em processo. Todo processo é série de atos encadeados com mais ou menos coesão tendente à preparação final indispensável á atividade julgadora ou de entrega da prestação jurisdicional. [...] Todos os atos de promoção e incoação do processo, de formação da relação jurídica processual, de definição ou definitivação do processo, de desenvolvimento e de terminação da relação jurídica processual e de terminação do processo (nem sempre contemporâneas), são atos processuais" (Pontes de Miranda. Comentários ao Código de Processo Civil. T. III. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 12/13). O trecho transcrito ilustra um tema central do estudo do processo civil e provoca as seguintes indagações: o ato processual pode ser inválido e produzir efeitos? E pode ser válido, mas não produzir efeitos? Formule exemplos. RESPOSTA OBJETIVAMENTE FUNDAMENTADA*

Autor: ***Marco Antonio Reis***

Sugestão de resposta

Existência, validade e eficácia são planos inconfundíveis e defectividade do ato jurídico não se confunde com a falta de requisitos para a irradiação de efeitos. Se o ato existe, está apto a produzir efeitos. O ato jurídico processual s.s. é uma vontade manifestada que compõe o suporte fático de uma categoria jurídica predeterminada. O ato processual inválido existe, pois entrou no mundo jurídico, mas é defeituoso em função de preenchimento insuficiente ou deficiente da hipótese de incidência. Este ato inválido existe e está apto a produzir efeitos desde a sua entrada no mundo jurídico até que seja decretada a sua invalidação. Como exemplo, a sentença sem fundamentação que, não obstante encerrar ato processual gravemente defeituoso (requisito essencial, vide art.458, II, CPC), produz efeitos até que receba a sanção de nulidade. Também pode o ato processual ser válido e não produzir efeitos. Exemplo: a sentença regularmente prolatada contra a Fazenda Pública só produzirá efeitos se confirmada após o reexame necessário (CPC, art. 475, I), verdadeira determinação inexa ou condição de eficácia das sentenças prolatadas em desfavor da Fazenda.

Comentário 1

Veja-se, sobre o assunto, a indispensável obra sobre invalidades processuais de Fredie Didier Jr que, em boa medida, se serve da doutrina de Pontes de Miranda: "O ato inválido é - portanto pode produzir efeitos. Não é correto dizer que toda hipótese de nulidade implica a impossibilidade de o ato produzir efeito: é possível que atos nulos produzam efeitos até a sua desconstituição (veja-se a hipótese conhecida do casamento nulo) - e, como será visto adiante, é isso o que ocorre com as invalidades processuais...(...) Às vezes, a propagação dos efeitos do ato ou negócio jurídico processual fica sujeita a algum acontecimento descrito na

própria norma jurídica....Nas sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, o CPC-1973 (art. 475, I; NCPC, art. 483, I) coloca o reexame necessário com uma condição legal de eficácia do ato". (DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos Fatos jurídicos processuais.Jus Podvum. 2011,p.72, 146.). Sustentando que o reexame necessário tem natureza condição de eficácia da sentença, além do próprio Didier Jr, :JÚNIOR, N.N. Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 60; Também neste sentido, a lição de Leonardo Carneiro da Cunha: Não obstante o peso da doutrina que fundamenta esse segundo entendimento, parece mais correto mesmo encaixar o reexame necessário como condição de eficácia da sentença, eis que não atendidos vários princípios e requisitos recursais, não há como enquadrá-lo como mais um tipo de recurso" (A Fazenda Pública em juízo. 12.ed. São Paulo: Dialética, p. 226).

(XXXI Concurso – PROVA PRELIMINAR –2009) *Questão 10 – Direito Processual Civil – Ajuizou-se ação visando à adoção de uma criança que havia sido abandonada pelos genitores biológicos desde seu nascimento, em um abrigo municipal. O juiz prolatou a sentença e julgou procedente o pedido de adoção. Houve recurso de apelação, ainda não apreciado pelo órgão competente. Entrementes, o Ministério Público ajuizou ação para destituir o poder familiar daqueles genitores e o autor do pedido de adoção pleiteia o ingresso no processo na condição de assistente litisconsorcial. Manifeste-se.*

Autor: Leonardo Zulato

Sugestão de resposta

A presente ação de adoção possui como prejudicial a destituição do poder familiar (artigo 169 do ECA), não se amoldando o abandono à hipótese do artigo 45, §1° do ECA. A sentença de procedência da pretensão, sem efeito suspensivo à interposição do recurso (artigo 198, VI do ECA), produz efeitos em relação à adoção a partir do trânsito em julgado (artigo 47, §6° do ECA). Contudo, a destituição do poder familiar tem efeitos imediatos. Diante disso, a ação do *Parquet* não possuiria interesse jurídico. Caso se entenda que adoção prescinde da destituição, na hipótese, a assistência não seria litisconsorcial, mas simples, pois o autor do pedido de adoção não possui relação jurídica com o adversário do assistido (artigo 54 do CPC). A única relação jurídica existente é com o assistido, eis que o *Parquet* atua como legitimado extraordinário e representa os interesses da criança (artigo 201, III do ECA).

Comentário 1

Esta questão foi formulada em 16.08.2009, antes da Lei n.° 12.010/2009, portanto. Esta lei revogou o artigo 198, VI do ECA que previa, como regra, a existência apenas de efeito devolutivo aos recursos, o que era uma especialidade da temática processual da Infância e Juventude. Hodiernamente, a sistemática processual do ECA segue aos regramentos do CPC

(efeito devolutivo e suspensivo), salvo em hipóteses específicas, como na adoção (artigo 199-A do ECA) em que o recurso permanece possuindo apenas efeito devolutivo.

Comentário 2

Alguns doutrinadores sustentam a desnecessidade da acumulação da ação de destituição do poder familiar na hipótese de criança ou adolescente abandonado, com fulcro no artigo 45, §1° do ECA. Por todos, Galdino Augusto Coelho Borallo: "Existe a causa do abandono que justificaria a destituição do poder familiar (Art. 1.638, II do CC), mas seria ilógico destituir-se do poder familiar uma pessoa que nunca assumiu o vínculo jurídico.". Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo Andradre. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e práticos. 5ª Edição. Lumen juris Editora, p. 845.

(XXXI Concurso - PROVA PRELIMINAR -2009) *Questão 11 - Direito Processual Civil - O Juiz, entendendo haver o réu praticado ato de improbidade administrativa, pode aplicar parcialmente as sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992? RESPOSTA OBJETIVAMENTE FUNDAMENTADA.*

Autor: Leonardo Zulato

Sugestão de resposta

O artigo 37, §4° da CRFB/88 prevê a aplicabilidade de sanções aos atos ímprobos. Cuida-se de norma constitucional de eficácia limitada, conforme expressão contida ao final daquele dispositivo ("na forma e gradação prevista em lei").O artigo 12 da Lei n.° 8.429/92, norma integrativa deste comando constitucional, previu que todas as sanções aos atos de improbidade devem serconjuntamente aplicadas ao se utilizar da conjunção aditiva "e"(e não "ou") no final do texto legal. Ademais, a própria lei tratou das hipóteses em que certas sanções não são aplicáveis ao se utilizar da expressão "quando houver". Portanto, o Magistrado está obrigado à aplicação de todas as penas previstas em cada inciso do artigo 12. A sua aplicação parcialavilta, assim, a separação de poderes. A discricionariedade do Juiz está na dosagem proporcional de cada sanção dentro dos patamares previstos em lei (parágrafo único do artigo 12 daquela Lei), apenas.

Comentário 1

Este era o posicionamento, por exemplo, do ilustre doutrinador Emerson Garcia, conforme se infere do livro "Garcia, Emerson, e Alves, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, Editora Saraiva, 7ª Edição, fls. 690/694."

Comentário 2

Esta questão foi formulada em 16.08.2009, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei n.º 12.120/2009 (16.12.2009). Este diploma legal alterou a redação do caput do artigo 12 da Lei n.º 8.429/92, alterando substancialmente a resposta a ser apresentada. O legislador infraconstitucional, com a nova regulamentação acima mencionada, expressamente possibilitou a aplicação parcial das sanções previstas no artigo 12 da Lei n.º8.429/92, verbis:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: (redação original)

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

Comentário 3

Alguns doutrinadores sustentam que a obrigatoriedade da acumulação das sanções adviria da própria Constituição da República, uma vez que o parágrafo quarto do artigo 37 dispõe que os atos de improbidade administrativa "importarão" a suspensão de direitos políticos etc., o que afastaria a discussão sobre o ponto de vista infraconstitucional. Tal menção também é colhida do livro "Garcia, Emerson, e Alves, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, Editora Saraiva, 7ª Edição, p. 690.".

7.2. PROVAS ESPECIALIZADAS

***(XXXIII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – 2014)** 1ª Questão – O Ministério Público ingressou com ação de improbidade administrativa em face de três agentes públicos. Após o oferecimento de defesa prévia, nos termos do art. 17, §7º, da Lei nº 8.429/92, o Juiz proferiu decisão nos seguintes termos: "Recebo a inicial em face do primeiro Réu, eis que presentes indícios suficientes da autoria e da materialidade do ato de improbidade administrativa que lhe é imputado. No entanto, em relação ao segundo Réu, a análise da prova dos autos revela que o mesmo evidentemente não praticou o ato de improbidade administrativa que lhe foi imputado na inicial, motivo pelo qual julgo extinto o processo em relação a ele, por ilegitimidade ad causam, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Finalmente, quanto ao terceiro Réu, verifico que houve o decurso do prazo prescricional previsto no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa, motivo pelo qual, desde logo, rejeito a pretensão em relação ao mesmo". Sob o aspecto processual, incorreu a decisão judicial em algum equívoco? Qual(is) o(s) recurso(s) eventualmente cabível(is) em face da decisão acima*

reproduzida? Se por algum motivo não houvesse interposição de recurso em face da referida decisão, seria cabível ação rescisória em face da mesma? Resposta objetivamente fundamentada.

Autor: Bruno Rinaldi

Sugestão de resposta

Analisando a decisão sob o aspecto processual, verifica-se inicialmente que não houve equívoco quanto ao primeiro réu. Contudo, houve erros em relação aos demais demandados - impondo-se o manejo do agravo de instrumento, como se passa a demonstrar.

No que toca ao segundo réu, o entendimento de que o indivíduo não praticou o ato diz respeito a uma conclusão de mérito, vez que não se tratou de uma mera indicação errada do polo passivo. Em verdade, o magistrado chegou a analisar os atos praticados pelo segundo réu, entendendo pela não verificação da autoria no caso concreto. Logo, a autoridade judiciária exerceu atividade cognitiva, amparada no artigo 17, §8°, da Lei n° 8.429/92.

Com efeito, o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, trata da extinção do processo sem resolução de mérito. Por conta disso, não pode ser invocado como supedâneo para um ato judicial que concluiu por uma suposta ausência de autoria - cuja consequência processual é a improcedência da ação, na forma do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Além disso, considerando o emprego pelo Superior Tribunal de Justiça da teoria da asserção (avalizado por parcela considerável da doutrina), é de se destacar que o momento para identificar a presença das condições da ação é o primeiro contato com a inicial, tendo por base os termos desta. A ação de improbidade possui a peculiaridade consistente na notificação prévia, e por isso deve-se aferir a presença das condições da ação no ato em que é determinada a notificação. Passado este, o exame deverá ater-se ao mérito.

Em corolário a tal posicionamento, cumpre observar o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno, que observa que, materialmente, a notificação equivaleria a uma citação, ao passo que a citação propriamente dita traduziria uma intimação em sua essência.

Diante disso, a decisão relativa ao segundo réu não poderia ser baseada no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, uma vez que diz respeito a uma análise de mérito.

Já em relação ao terceiro réu, há dois aspectos a serem considerados. Em primeiro lugar, tendo em mente o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno já apresentado, e lembrando que a essência do ato vale mais que o "nomen juris" a ele conferido (dentro de um formalismo valorativo), o artigo 202, I, do Código Civil, determina que o ato judicial que determina a vinda aos autos do demandado interrompe a prescrição. Ademais, o artigo 219, §1°, do Código de Processo Civil, orienta que tal interrupção irá retroagir até o momento da propositura da ação.

Nesse contexto, considerando que o juiz determinou o oferecimento de defesa prévia, houve aqui a interrupção da prescrição.

Além disso, ainda que não se acolhesse o raciocínio acima exposto, é imperioso lembrar que, caso o ato de improbidade envolva, ainda que reflexamente, dano ao erário, sua persecução é imprescritível, na forma do artigo 37, §5°, da Constituição da República. Por conta disso, ainda que prescritas as sanções trazidas pela Lei n° 8.429/92, seria possível o prosseguimento da ação para a finalidade de ressarcimento ao erário (prestigiando o princípio "pro actione").

Há, pois, equívocos em relação ao segundo e terceiro réus.

Quanto à recorribilidade da decisão, cumpre atentar para o fato de que o artigo 17, §1°, da Lei n° 8429/92, traz o agravo de instrumento como a medida cabível para combater o recebimento da petição inicial. Considerando que, no caso concreto, houve o prosseguimento do feito em relação a um dos réus, é possível classificar a decisão como interlocutória. Por isso, o recurso cabível será o agravo de instrumento, na forma do artigo 522, do Código de Processo Civil - e não a regra específica da Lei de Improbidade, que trata da situação oposta.

Por fim, caso não houvesse a interposição do agravo de instrumento, cumpre destacar que seria cabível ação rescisória em relação ao segundo e ao terceiro réu. Afinal, de acordo com o artigo 485, caput, do Código de Processo Civil, apenas decisões de mérito se sujeitam à ação rescisória. E o artigo 269, IV, do Código de Processo Civil, determina que a decisão que acolhe prescrição faz coisa julgada material.

Em relação ao segundo réu, considerando que a decisão materialmente disse respeito ao mérito, resta claro o cabimento da ação rescisória, ainda que a decisão tenha sido formalmente baseada no art. 267.

Comentário

É necessário fixar os pontos passíveis de discussão apresentados pelo problema, sendo certo que a resposta deverá abordar cada um deles. Como de hábito, tratando-se de uma prova discursiva sem limite estrito de linhas, o candidato precisa demonstrar conhecimento de todas as formas possíveis, seja abordando a existência de entendimentos diferentes ou mesmo em pequenas passagens, valendo-se da maior precisão técnica e terminológica possível.

No caso concreto, são expressamente questionadas a correção da decisão, a recorribilidade e a possibilidade de se ingressar com ação rescisória, no caso de não interposição de recurso. Note-se que o próprio enunciado demonstra que é cabível, ao menos em tese, recurso em relação a um ou mais réus.

Além disso, é importante registrar que o primeiro questionamento é genérico, permitindo que o candidato aborde todo e qualquer aspecto relacionado a cada um dos réus. É pertinente trazer à baila eventuais posições doutrinárias que auxiliem na fundamentação a ser empregada.

Considerando que a questão trata conjuntamente de réus com situações consideravelmente distintas, é necessário separar, na resposta, cada um dos demandados, dando assim maior clareza e precisão à solução que vier a ser apresentada.

(XXXIII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL - 2014) *2ª Questão - O Ministério Público, por meio de um Promotor de Justiça, firmou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Estado, na pessoa do respectivo Governador, visando à conclusão de obras já iniciadas para o atendimento hospitalar pediátrico, cominando multa diária em caso de descumprimento. Como esse ajuste foi celebrado no decorrer de um inquérito civil, o procedimento investigatório encerrou-se e foi remetido ao Conselho Superior do Ministério Público para homologação. Quatro anos depois de sua celebração, verificando o descumprimento parcial do TAC, o Ministério Público iniciou a execução de obrigação de fazer e por quantia certa em face do Estado e por quantia certa em face do Governador. Pode o Colegiado pronunciar-se sobre o conteúdo do referido termo? Qual o prazo inicial da eficácia desse TAC? Analise objetivamente as demais questões procedimentais e processuais relacionadas à constituição do TAC e à sua execução. Resposta objetivamente fundamentada.*

Autor: Bruno Rinaldi

Sugestão de resposta

Tendo em vista as disposições relativas à competência do Conselho Superior do Ministério Público na tutela coletiva trazidas pela Lei Complementar Estadual n° 106/03 e pela Resolução GPGJ n° 1.769/12, observa-se que o Colegiado não poderá se pronunciar sobre o conteúdo do termo de ajustamento de condutas (TAC).

Afinal, no Estado do Rio de Janeiro, o inquérito civil ou o procedimento preparatório são enviados ao Conselho Superior apenas quando forem arquivados. A efetividade do TAC não está sujeita à apreciação do Colegiado - como se observa, a título de exemplo, pelo artigo 26, caput, da Resolução GPGJ n° 1.769/12.

Logo, verifica-se que compete ao Conselho Superior apenas a fiscalização quanto ao cumprimento do princípio da obrigatoriedade no âmbito da tutela coletiva - e é por isso que o aludido órgão aprecia apenas os arquivamentos. Tendo essas premissas em mente, resta claro que não cabe ao Colegiado pronunciar-se sobre o conteúdo do TAC.

Por oportuno, vale registrar que há Estados, como São Paulo, que tratam da matéria de modo distinto, exigindo a chancela do Conselho Superior para a eficácia do TAC. Nesses casos, evidentemente, poderá o Colegiado analisar o conteúdo do termo. Ressalte-se, contudo, que essa regra não consta na legislação fluminense sobre o tema.

Em consequência, considerando que não cabe ao Conselho Superior analisar o mérito, bem como o fato de que o próprio órgão de execução é responsável pela fiscalização, o prazo inicial de eficácia é justamente a data de sua celebração pelo Promotor de Justiça.

Mais uma vez, em estados cujas leis subordinam a eficácia do TAC à apreciação pelo Conselho Superior a solução seria distinta, e o termo inicial da eficácia seria a data da apreciação pelo Colegiado.

No caso em tela, o TAC constitui-se como título executivo extrajudicial, na forma do artigo 5°, §6°, da Lei n° 7.347/85. A doutrina discute se o TAC seria materialmente um acordo propriamente dito, sendo certo que o direito material, indisponível que é, não pode ser transacionado, podendo ser objeto de discussão apenas a forma de satisfação do mesmo.

Celebrado o TAC, e não havendo prestação periódica a ser fiscalizada, impõe-se o arquivamento, nos termos do artigo 26, §2°, da Resolução GPGJ n° 1.769/12, com a remessa para o Conselho Superior. Note-se que o controle do Conselho se dá sobre a promoção de arquivamento, e não sobre o TAC.

Verificado o descumprimento, possível a execução, na forma do §4° do mesmo artigo 26 acima citado. Note-se, inclusive, que, dentro da sistemática do microssistema da tutela coletiva, qualquer dos legitimados trazidos pelo artigo 5°, da Lei n° 7.347/85, poderia promover a execução.

No caso em tela, verifica-se que as astreintes foram executadas diretamente em face do agente político que, em nome da Unidade da Federação, celebrou o TAC. Tal prática é possível em virtude do artigo 461, caput, e §5°, CPC, combinados o artigo 19, da Lei n° 7.347/85, considerando a preponderância do "interesse coletivo" (que, no caso em tela, se amolda ao disposto no artigo 81, parágrafo único, I, da Lei n° 8.078/90, sendo portanto um direito difuso).

Logo, a cobrança da multa pecuniária diretamente do agente público responsável pelo TAC não apenas é cabível, mas também recomendável, visando garantir o resultado prático equivalente. Trata-se, à evidência, de medida acessória, sendo certo que a finalidade primordial é a obrigação de fazer (no caso, o atendimento hospitalar pediátrico).

Terá atribuição para promover a execução em comento o Promotor de Justiça responsável pela celebração e fiscalização do TAC, não sendo necessária a remessa do feito ao Procurador-Geral de Justiça. Isso porque não se aplica ao caso concreto o art. 39, VIII, da Lei Complementar Estadual n° 106/03, uma vez que o Governador do Estado não figura como autoridade reclamada, mas sim como representante. Em outras palavras, o Compromisso de Ajustamento de Conduta se deu por parte do Estado, e não pelo Governador, que figura tão somente como responsável pelo cumprimento.

Além disso, a execução do TAC, ainda que em face do Governador, constitui mera decorrência de sua celebração. Por isso, entender que a atribuição recai sobre pessoa diversa do que aquele a quem incumbe a fiscalização importaria em ofensa ao Princípio do Promotor Natural.

Por fim, cumpre salientar que o fato de ter se passado um lapso de quatro anos não exclui a possibilidade de execução, não tendo havido a prescrição. Considerando que a Lei n° 7.347/85 não traz prazos prescricionais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, operando dentro do microssistema da tutela coletiva, vem entendendo que tal prazo é de cinco anos, a teor do artigo 21 da Lei n° 4.717/65.

Comentário

Antes do candidato adentrar a sugestão de resposta propriamente dita, é importante fixar os pontos controvertidos apresentados pelo enunciado, sendo certo que a resposta deverá abordar cada um deles. Como de hábito, tratando-se de uma prova discursiva sem limite exíguo de linhas, é essencial demonstrar conhecimento de todas as formas possíveis, seja abordando a existência de entendimentos diferentes ou mesmo em pequenas passagens, valendo-se da maior precisão técnica e terminológica possível.

No caso concreto, é diretamente questionado ao candidato se é possível que o CSMP se manifeste sobre o mérito do TAC e qual é o termo inicial da eficácia do TAC celebrado nas condições descritas no problema. À evidência, é imperioso o tratamento destes pontos. Contudo, a descrição trazida apresenta ainda alguns aspectos que devem ser analisados ao longo da resposta:

1. Qual é o momento de atuação do CSMP no Inquérito Civil. Deve ser esclarecido se o Conselho Superior atua em toda e qualquer celebração de TAC ou apenas no arquivamento do IC. Convém ainda tratar aqui do diferente tratamento dado em Ministérios Públicos estaduais distintos, de acordo com as respectivas Leis Orgânicas.

2. Natureza jurídica do TAC e efeitos dessa classificação.

3. Consequências da celebração do TAC no IC.

4. Possibilidade de execução das astreintes diretamente do agente político responsável pela celebração do termo e atribuição para tanto dentro do Ministério Público - uma vez que figurará no polo passivo Governador do Estado.

5. Como a questão apresenta um lapso de tempo, indica-se que o candidato deverá se manifestar sobre a ocorrência ou não de prescrição, situando a resposta à luz do microssistema da tutela coletiva.

(XXXII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL - 2012) *1ª questão - Pode o Ministério Público figurar no polo passivo de uma relação processual?*

Autora: Mariana Trino

Sugestão de resposta

De início, cumpre distinguir a possibilidade de o Ministério Público ocupar o polo passivo, como réu da demanda, das hipóteses em que ocupa o polo passivo de demais relações jurídicas processuais. Outrossim, no primeiro caso, vale diferenciar a atuação do Parquet em legitimidade ordinária e extraordinária, como se passa a demonstrar.

No que se refere ao Ministério Público atuando como réu, no polo passivo da demanda, ressalta-se que, consoante entendimento tradicional, ele não possui

personalidade jurídica, porquanto constitui órgão que compõe o Estado. Não obstante, é inconteste, em sede doutrinária e jurisprudencial, que o Parquet possui personalidade judiciária. Do contrário, não poderia ir a juízo, e atuar extrajudicialmente, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis e coletivos, missões conferidas pela Constituição de 1988, nos seus arts. 127 a 129.

Ocorre que a atuação judicial do Ministério Público pode se dar em defesa dos direitos titularizados por outrem, através de legitimidade extraordinária ou legitimidade autônoma para a condução do processo, segundo nomenclatura utilizada para a tutela coletiva por parcela da doutrina, a exemplo de Nelson Nery Jr., mas também pode se dar em defesa de direitos e prerrogativas de titularidade da instituição e membros. Em verdade, trata-se de sujeito de direitos, com patrimônio jurídico próprio. O MP é dotado de autonomia, que lhe confere direitos e obrigações. Assim, se detém capacidade para titularizar tais posições jurídicas, deve possuir capacidade para sua defesa em juízo.

Ora, não são recentes os julgados, proferidos pelo STF e pelo STJ, que garantem capacidade para ser parte, legitimidade ad causam e, inclusive, capacidade postulatória ao Ministério Público para defender a sua autonomia administrativa, a independência funcional de seus membros e outras prerrogativas, por exemplo, através do manejo de Mandado de Segurança. Hipótese usualmente citada pela doutrina é a possibilidade de o Ministério Público Estadual, através do Procurador Geral de Justiça, impugnar ato praticado pelo CNMP que viole a autonomia do Parquet estadual. Pelos mesmos fundamentos, admite-se capacidade para o MP ser parte em defesa de demais posições jurídicas de vantagem que compõem sua esfera jurídica.

De fato, a capacidade é termo que não admite restrições, sendo sempre plena. A legitimidade é que dependerá da titularidade da relação jurídica ou da habilitação legal para prática de atos. Assim, deve-se entender que o Ministério Público detém, sim, capacidade para ser parte, e também capacidade postulatória, para atuar, seja no polo passivo ou ativo da demanda. Nessa linha, há autores que admitem, por exemplo, que o Ministério Público ocupe o polo passivo em demanda que impugna recomendações expedidas a ente federativo, por seus membros.

Em caso de defesa dos atributos que constituem a esfera jurídica da instituição, atuará o Parquet em exercício de legitimidade ordinária, como autor ou réu. Será réu, exercendo legitimidade ordinária, exemplificativamente, no caso em que certa construção de prédio do MP gerar dano ambiental, em uma ação civil pública proposta por qualquer outro legitimado.

De outro lado, se estiver em juízo defendendo interesses de outrem (individuais indisponíveis ou coletivos em sentido amplo) atuará em legitimidade extraordinária (ou autônoma para condução do processo). Sobre o tema, é relevante a discussão acerca da admissão do chamado processo coletivo passivo, no qual o Ministério Público atuaria como réu, defendo interesses transindividuais, em demanda formulada contra a coletividade. Casos aceitos pela doutrina de forma quase unânime são as hipóteses de ações coletivas passivas derivadas, como a ação rescisória ajuizada para desconstituir

sentença favorável à coletividade tutelada pelo MP, inicialmente no polo ativo, uma ação cautelar incidental a um processo coletivo ou embargos à execução coletiva.

Contudo, há situações mais polêmicas na doutrina, que independem de uma demanda originária, quando a coletividade é titular de um dever jurídico. Nessas hipóteses, a discussão reside em determinar se há, e quem seria, o legitimado, sendo necessário fixar um representante adequado, que, na maioria das vezes, não será o Ministério Público, mas sim associações. (Ex: determinada Universidade ajuíza ação possessória em face de coletividade de alunos que invadiram a reitoria.). Admitindo tais casos de processos coletivos passivos, destaca-se Ada Pellegrini Grinover, que fundamenta sua posição na disciplina do art. 5º, §2º, da Lei 7.347/85 e no art. 83, do CDC. O primeiro dispositivo permite às associações atuarem como litisconsortes de quaisquer das partes e o segundo admite todas as ações eficazes para tutela dos interesses dos consumidores.

Por fim, é possível se falar no Ministério Público ocupando posições jurídicas passivas nas relações processuais, sem que seja o réu em uma demanda. Afinal, como ressalta Fredie Didier Jr., o processo dá ensejo a múltiplas relações jurídicas. No exemplo citado pelo autor, se o réu de uma ação civil pública, proposta pelo MP, opõe exceção de incompetência, o Parquet assumirá, como excepto, uma posição passiva nesta relação jurídica processual. Além disso, há hipótese clara de presença do Parquet em posição passiva na Lei Orgânica Estadual, LC 106/03, no seu art. 81, §2º, que prevê a possibilidade de o Ministério Público, representado pelo Procurador Geral de Justiça, habilitar-se como assistente do réu, em ação civil ajuizada em face de membro, em virtude de ato praticado no exercício das suas funções.

Comentário

O promotor de justiça Robson Renault Godinho compôs a banca do XXXII concurso, assim como do XXXIII. Para a preparação para o concurso, caso mantida a banca, recomenda-se a leitura de seus artigos, publicados na Revista do Ministério Público, bem como foco em questões atinentes à atuação do Ministério Público, que relacionam o conteúdo da disciplina de Processo Civil com a matéria de Princípios Institucionais.

(XXXII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL - 2012) *2ª questão - Após as fortes chuvas que assolaram a região serrana do Estado no verão de 2011, um grupo de desabrigados ocupou uma área de terras da União, situada na divisa dos municípios de Chuvópolis e de Torolândia, onde ergueram precárias moradias. Seis meses após a ocupação, moradores de um condomínio vizinho, assustados com a construção de casas de alvenaria no local, comunicaram o fato a diversos órgãos públicos, incluindo a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de Torolândia e as Promotorias de Justiça do Meio Ambiente e de Cidadania de Chuvópolis. Foram instaurados procedimentos investigatórios no âmbito de cada uma daquelas Promotorias de Justiça, realizando-se, entre outras diligências, vistorias no*

local, constando nos respectivos laudos que a área ocupada pertence inteiramente ao município de Chuvópolis. Entrementes, os desabrigados procuraram a Defensoria Pública e constituíram uma associação civil para defender seus interesses, denominada Associação de Moradores do Torozinho. Diante do impacto social do caso, os Promotores de Justiça em atuação naqueles órgãos decidem atuar em conjunto e ajuízam uma única ação civil pública na comarca do local do dano, em face do Município de Chuvópolis, pleiteando a construção de casas populares em local adequado e o reassentamento daquelas famílias. Em sede de antecipação de tutela, requerem que os núcleos familiares que tenham entre seus membros crianças ou adolescentes sejam contemplados imediatamente com aluguel social e assistidos na busca de um imóvel. Por fim, pleiteiam ainda a construção de um abrigo provisório, que apresente condições dignas de habitação, para receber famílias na eventualidade de uma nova tragédia, a fim de evitar futuras invasões de áreas públicas. Antes da citação, a Associação de Moradores de Torozinho postula sua inclusão no pólo ativo da demanda, sendo admitida como litisconsorte do Ministério Público. O município de Chuvópolis, citado, apresenta defesa, alegando, em sua contestação o que segue:

a) ilegitimidade ativa da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de Torolândia e da Associação; [Aplica-se o princípio da unidade da instituição: que promove a ação é o Ministério Público e a divisão interna de atribuições é problema interna corporis, doméstico; ademais, a demanda foi ajuizada em conjunto com a Promotoria de meio-ambiente a legitimidade desta, que é inconteste, supre eventual ilegitimidade daquela]

b) ilegitimidade passiva, uma vez que o assentamento se situaria no território de Torolândia, e, por esse mesmo motivo, incompetência funcional; [o assentamento se situa integralmente em Chuvópolis]

c) impossibilidade de formação de litisconsórcio ativo entre Promotorias de Justiça e entre o MP e a Associação de Moradores [claro que pode; não há qualquer vedação legal neste sentido; ambos têm legitimidade ativa para ACP; a questão é pacífica em doutrina e jurisprudência];

d) impossibilidade jurídica do pedido, em virtude da discricionariedade da administração [questão da proporcionalidade e razoabilidade; controle do mérito administrativo; atividades vinvuladas e discricionárias]; e) incompetência da Justiça Estadual; f) ausência de dotação orçamentária específica e de local adequado no município para a construção de casas destinadas ao assentamento pleiteado.

Na mesma peça da contestação, em capítulo próprio, ofereceu-se reconvenção em face da Associação, postulando que os moradores desocupem o terreno por meios próprios, assim como paguem indenização pelos danos causados ao meio ambiente.

Redija a manifestação adequada do Ministério Público, abordando as respostas do município.

RESPOSTA JUSTIFICADA.

Autor: André Morgado

Sugestão de resposta:

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE CHUVÓPOLIS

O MINISTÉRIO PÚBLICO, nos autos da ação proposta em face do Município de Chuvópolis, vem, com fulcro nos arts. 326 e 327, ambos do CPC, apresentar RÉPLICA à contestação oferecida pelo réu.

1 - Relatório

Trata-se de ação civil pública proposta pela Promotoria de Justiça de Infância e Juventude de Torozinho, pelas Promotorias de Justiça de Cidadania e Meio Ambiente de Chuvópolis e pela Associação de Moradores do Torozinho, em face do Município de Chuvópolis, objetivando a construção de casas populares em local adequado e o reassentamento das famílias que atualmente ocupam a localidade denominada Torozinho.

Em sede liminar, requereu-se que os núcleos familiares que tenham entre seus membros crianças ou adolescentes sejam contemplados imediatamente com aluguel social e assistidos na busca de um imóvel, bem como a construção de um abrigo provisório, que apresente condições dignas de habitação, para receber famílias na eventualidade de uma nova tragédia.

Citado, o réu ofereceu contestação, em que sustentou questões preliminares à análise do mérito, bem como fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado, a ensejar o cabimento da réplica ora apresentada.

2 - Da alegação de ilegitimidade ativa da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de Torolândia e da Associação de Moradores do Torozinho

Não assiste razão ao réu.

No que tange à Associação de Moradores do Torozinho, embora não haja comprovação de que esteja constituída "há mais de um ano" (art. 5º, V, a, da Lei nº 7.347/85), resta evidenciado que há, no caso, manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, assim como pela relevância do bem jurídico a ser protegido (art. 5º, §4º, da Lei nº 7.347/85).

Por outro lado, os Tribunais Superiores têm assentado a legitimidade ativa, para a propositura de ações civis públicas, por parte de associações de moradores, desde que incluam, em suas finalidades institucionais, algum dos objetivos listados no art. 5º, V, b, da Lei nº 7.347/85.

De fato, como norte interpretativo das normas de tutela de interesses transindividuais, deve-se privilegiar o acesso à justiça, ante o reconhecimento de que a tutela de interesses pela via coletiva, molecularizada, é mais vantajosa do que a tutela de tais interesses pela via individual, atomizada, vez que promove a socialização e democratização

do processo, prevenindo a existência de decisões conflitantes, diminuindo o assoberbamento dos órgãos jurisdicionais, concentrando a análise de danos pulverizados no seio social e alcançando indivíduos lesados que, por razões diversas (econômicas, sociais, intelectuais, etc.), não veiculariam sua pretensão em juízo, dentre outras vantagens.

Assim, de rigor a dispensa da observância ao requisito temporal de constituição da associação autora - ante a constatação de que há candente interesse social e relevância jurídica na resolução do caso, que versa sobre o reassentamento de população de baixa renda instalada precariamente em área de risco - bem como uma análise extensiva das finalidades da associação.

No que tange à Promotoria de Justiça de Infância e Juventude de Torolândia, igualmente legitimada à presente demanda.

Com efeito, como sói ocorrer em casos de tutela de interesses transindividuais, a ação em apreço veicula uma miríade de interesses diversos, seja quanto a seus titulares, seja no aspecto qualitativo.

Ora, não há dúvidas de que o caso posto encerra, dentre outros, interesses transindividuais de crianças e adolescentes residentes na localidade, a determinar a atribuição do Ministério Público (arts. 201, V, e 201, I, ambos do ECA; art. 34, VI, a, da LOMPERJ), sendo certo que, no âmbito institucional, a tutela de tais interesses é atribuída às Promotorias de Infância e Juventude.

Assim, de serem rejeitadas as preliminares opostas pelo réu.

3 - Das alegações de ilegitimidade passiva do Município de Chuvópolis e de incompetência funcional do órgão jurisdicional

De acordo com os laudos técnicos acostados aos autos, lavrados no bojo de inquéritos civis instaurados pelos órgãos ministeriais que figuram no polo ativo da presente ação civil pública, o assentamento irregular se situa, integralmente, nos limites territoriais do Município de Chuvópolis.

De outra parte, cediço que compete aos entes municipais promover o adequado ordenamento territorial, mediante o controle do uso e da ocupação do solo urbano (art. 31, X, da CRFB), bem como executar a política de desenvolvimento urbano (art. 182, caput, da CRFB).

Ainda, as condições da ação são aferidas in statu assertionis, isto é, em função das alegações do autor. Ora, considerando que as providências requeridas na exordial (concessão de aluguel social, construção de abrigo provisório e reassentamento das famílias em moradias construídas pelo Município) são de competência administrativa do ente municipal, patente a legitimidade passiva do Município de Chuvópolis.

Quanto à competência, o local do dano é o Município de Chuvópolis, critério legal de definição de competência territorial para o julgamento das ações civis públicas (art. 2º, caput, da Lei nº 7.347/85), de ser rejeitada a preliminar de incompetência do juízo.

4 - Da alegação de impossibilidade de litisconsórcio ativo entre órgãos do Ministério Público, e com a Associação de Moradores do Torozinho

Quanto ao litisconsórcio ativo entre órgãos ministeriais distintos, não há qualquer óbice à sua instauração, sendo certo que as normas do microssistema de tutela coletiva são expressas em admitir o litisconsórcio entre ramos diferentes do Ministério Público (art. 5º. V, da Lei nº 7.347/85; art. 210, §1º, do ECA), o que, por analogia, deve ser estendido a órgãos distintos de determinado ramo do Ministério Público.

Invoca-se, novamente, o acesso à justiça e o reconhecimento das vantagens da tutela coletiva de interesses, a nortear a interpretação da norma em apreço e permitir o litisconsórcio entre órgãos ministeriais diversos.

Por outro lado, a habilitação, como litisconsorte, de qualquer das partes processuais, por associação legitimada é expressamente admitida por lei (art. 5º, §2º, da Lei nº 7.347/85). Cuida-se do fenômeno da intervenção superveniente de colegitimado, a evidenciar o desacerto das preliminares invocadas pelo réu.

5 - Da alegação de impossibilidade jurídica do pedido, fundada na discricionariedade administrativa

No ponto, tem-se que, tal como formulada, a alegação em apreço - descabimento do controle jurisdicional do mérito administrativo - se refere ao mérito da causa, não versando sobre a condição da ação da possibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC), que corresponde à inadmissibilidade abstrata e absoluta da providência requerida na inicial.

Ainda, assinale-se que, a despeito da expressa menção legal, há forte orientação doutrinária sustentando que as hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido encerram, de fato, julgamento de mérito, definitivo, e não meramente terminativo.

De toda sorte, como já pontuado, a condução e execução da política de ocupação do solo urbano é atribuída aos municípios (arts. 31, X, e 182, caput, ambos da CRFB), sendo exercida sob o pálio da discricionariedade administrativa.

No ponto, não há dúvidas de que política de ocupação do solo urbano é meio de concretização do direito social à moradia (art. 6º, caput, da CRFB) e, em última análise, da dignidade da pessoa humana, estabelecida como fundamento da República (art. 1º, III, da CRFB).

De outra parte, a inafastabilidade do controle jurisdicional de lesão ou ameaça de lesão a direito é garantia individual atribuída ao cidadão (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Demais disso, a inação administrativa sujeita o ente - e, portanto, a coletividade em geral - a responsabilização civil, na hipótese de nova tragédia ambiental, com danos à população instalada no local.

É dizer, há comando normativo, de estatura constitucional, a determinar, no presente caso, a atuação do ente administrativo, já que os moradores da região denominada Torozinho estão, atualmente, instalados precariamente no solo urbano, em área sujeita a risco, sendo patente a violação a seus legítimos interesses.

Além disso, possível antever, no caso de descumprimento de seu dever de fiscalização e implementação de direitos sociais, a possibilidade de responsabilização civil do ente.

Assim, no Estado Democrático de Direito prometido pela Carta da República, não há lugar para a omissão administrativa, nas hipóteses, como a presente, em que incumbe ao ente estatal agir na tutela de interesses transindividuais violados. É dizer, conquanto a atuação estatal seja, necessariamente, discricionária, o âmbito de conformação da conduta administrativa não abrange o não-fazer, a omissão.

Nesse contexto, ao censurar a omissão ilícita e determinar ao Poder Executivo a adoção de determinada conduta, não se verifica, por parte do Poder Judiciário, violação ao modelo tripartido de separação de Poderes engendrado por Montesquieu, senão, precisamente, o fortalecimento deste, mediante o emprego do mecanismo de checks and balances, ou freios e contrapesos, que preconiza a limitação de um Poder por outro.

De rigor, portanto, a rejeição da preliminar suscitada pelo réu.

6 - Da alegação de incompetência da Justiça Estadual

A mera constatação de que a área atualmente ocupada pela população de Torozinho se caracteriza como bem da União não enseja a fixação da competência na Justiça Federal. O interesse do ente federativo nacional é meramente reflexo, na medida em que a lesão é atualmente suportada pelos moradores da região do Torozinho e adjacências; já as providências são requeridas, integralmente, ao Município de Chuvópolis que, como visto, possui competência administrativa para promover a ocupação lícita do solo urbano e garantir o direito social à moradia.

Assim, não incide, no caso, qualquer das hipóteses legais de fixação de competência da Justiça Federal, taxativamente listadas no rol inscrito no art. 109, da CRFB.

7 - Das alegações de ausência de dotação orçamentária específica e de local adequado no município para a construção de casas destinadas ao assentamento pleiteado

Como visto, o direito social é moradia é garantido ao cidadão, por expressa menção contida no texto constitucional (art. 6°, caput, da CRFB). Bem ainda, compete aos Municípios promover a ocupação ordenada do solo urbano e delinear a política urbanística (arts. 31, X, e 182, caput, ambos da CRFB).

Cumpre, portanto, ao Município de Chuvópolis destinar dotação orçamentária anual para a consecução de seus misteres legais. Seria teratológico considerar possível ao ente federativo escudar-se em omissão ilícita (não destinação de verba em sua lei orçamentária) para justificar o cumprimento de seus deveres legais (não promoção de ocupação regular do solo urbano e desatendimento ao direito social à moradia).

Ainda que o argumento de índole orçamentária seja tido como válido, deve, no caso em tela, ser ponderado com os demais interesses em jogo.

Ora, não há dúvidas de que o direito social à moradia, porquanto inerente à própria dignidade da pessoa humana, há de prevalecer sobre a norma de Direito Financeiro,

mormente na hipótese em que a população que ocupa a localidade denominada Torozinho sofre risco de vida, no previsível caso de novas chuvas torrenciais.

Ademais, o Direito Financeiro possui modalidades de abertura de créditos adicionais (suplementares, especiais e extraordinários - arts. 40 e 41, da Lei nº 4.320/64) aplicáveis a despesas não previstas na lei orçamentária.

Noutro giro, a alegação de ausência de local adequado, no Município de Chuvópolis, para a construção de casas populares, há de ser cotejada com as provas produzidas durante a instrução, descabendo sua análise em fase processual prematura.

8 - Da necessária rejeição da reconvenção proposta pelo réu em face da Associação de Moradores do Torozinho

O Município de Chuvópolis apresentou reconvenção em face da citada associação, objetivando a condenação dos associados por danos ao meio ambiente e a desocupação do local por meios próprios.

Embora a legislação determine a apresentação da reconvenção em peça distinta da contestação (art. 299, do CPC), o melhor entendimento é no sentido de que a apresentação em peça única, desde que bem delimitados os pedidos, constitui mera irregularidade, não ensejando seu indeferimento de plano ante a ausência de prejuízo.

No entanto, há, no caso óbice intransponível à admissão da reconvenção proposta pelo réu.

De fato, o art. 315, par. único, do CPC é expresso em vedar a reconvenção nos casos em que o autor demanda "em nome de outrem".

Ora, embora, no processo civil coletivo, o autor litigue em nome próprio, fato é que, no plano material, o interesse defendido é titularizado por terceiros, e não pelo representante adequado determinado pela legislação.

Ainda, as normas de processo civil coletivo hão de ser interpretadas de modo a garantir aos titulares de interesses transidividuais a tutela adequada de seus direitos, e não para, inversamente, esvaziar a garantia do devido processo legal que lhes é constitucionalmente deferida (art. 5º, LIV, da CRFB).

No ponto, não há dúvidas de que a admissão do pedido indenizatório formulado na reconvenção, a ser suportado pelos indivíduos titulares do interesse transindividual violado, em ação na qual não figuram como partes processuais, representaria indevido esvaziamento de suas garantias constitucionais processuais.

Assim, consoante a melhor doutrina sobre o tema, de ser indeferida, por ausência de interesse processual (na modalidade interesse-adequação) a reconvenção proposta pelo réu em face da Associação de Moradores do Torozinho (art. 295, III, c/c 267, VI, ambos do CPC).

9 - Conclusão

Ante o exposto, o Ministério Público:

- reitera o pedido, formulado na exordial a título de antecipação de tutela, de deferimento de aluguel social e assistência na busca de imóvel aos núcleos familiares que tenham entre seus membros crianças ou adolescentes;

- reitera o pedido, formulado na exordial a título de antecipação de tutela, de construção de um abrigo provisório, que apresente condições dignas de habitação;

- requer a rejeição das questões preliminares ao conhecimento do mérito deduzidas pelo réu e, consequentemente, a continuação do processo, com o julgamento de procedência das pretensões deduzidas na inicial; e

- requer o indeferimento da reconvenção apresentada pelo Município de Chuvópolis.

Chuvópolis, data.

Promotor de Justiça

Comentários:

A questão cuja resposta foi acima sugerida é longa, possuindo diversos elementos a serem enfrentados. A dificuldade é acentuada, ainda, ante o fato de o examinador ter determinado a elaboração de peça processual. Sugere-se ao candidato proceder à divisão de sua resposta em tópicos e de forma idêntica àquela procedida pelo examinador ao redigir a questão.

Ainda, em se cuidando de questão que envolve o conhecimento de disciplinas diversas (no caso, Direito Processual Civil, Constitucional, Administrativo e Financeiro), é preferível ao candidato limitar-se a discorrer mais profundamente sobre a(s) matéria(s) relacionada(s) à Banca Examinadora que formulou a questão (no caso, Direito Processual Civil), buscando sempre efetuar a correlação com os temas contidos no ponto sorteado.

(XXXI CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL– 2009) *1ª questão – OMinistério Público do Estado do Rio de Janeiro, através da Promotoria de Tutela Coletiva de Ondefica, instaurou inquérito civil visando a apurar notícia de má prestação do serviço público de transporte coletivo urbano por ônibus naquela cidade. No curso das investigações, restou apurado que os veículos da concessionária do serviço, Rodebem Transportes Ltda., estavam em péssimas condições, apresentando vícios capazes de expor a vida e a segurança dos usuários a graves riscos. Apurou-se ainda que os veículos já contavam mais de quinze anos de utilização, em que pese o contrato de concessão prever que a vida útil dos coletivos não poderia ultrapassar dez anos. No curso das investigações, o Promotor de Justiça oficiante é surpreendido com a notícia de que a concessionária firmara um Termo de Ajustamento de Conduta com a Associação de Moradores de Canavial, principal bairro servido pelas linhas operadas por aquela, visando à solução do problema. Requisitada cópia deste TAC, o Promotor de Justiça verificou que ali constavam as seguintes cláusulas: 1) A concessionária efetuará a troca de toda a frota de veículos; 2) A concessionária realizará*

reparos mecânicos nos veículos coletivos hoje em uso, de forma a torná-los seguros e adequados; 3) A concessionária indenizará qualquer consumidor que sofra danos materiais ou morais decorrentes da má prestação do serviço com a quantia de R$ 1000,00.

Diante desse quadro, o que pode fazer o Promotor de Justiça? Elabore a peça processual que entender adequada.

Autora: Michelle Ribeiro

Sugestão de resposta

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE ONDEFICA - RIO DE JANEIRO

Ref:. IC nº xxx

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, por intermédio do(a) Promotor(a) de Justiça signatário(a), em atuação na da Promotoria de Tutela Coletiva de Ondefica/RJ, lastreado no, legitimado pelos artigos 127, *caput* e 129, inciso III, da Constituição Federal e nos termos do artigo 25, inciso IV, da Lei n. 8.625/93, e na Lei Complementar n. 106/2003 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado Rio de Janeiro), combinado com os artigos 1°, II, IV e 21 da Lei Federal n° 7.347/85, vem, perante Vossa Excelência, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TAC CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE PAGAR

em face de

1) Rodebem Transportes Ltda, concessionária de serviço público, CNPJ nº xxx, com sede na Rua XXX.

2) **Associação de Moradores de Canavial,** associação civil com sede na rua xxx.

3) **Município de Ondefica,** com sede xxxxx, devendo ser citado na pessoa de seu Procurador Geral.

Pelos motivos de fato e de direito que passamos a expor

1. DOS FATOS

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através da Promotoria de Tutela Coletiva de Ondefica, instaurou inquérito civil visando a apurar notícia de má prestação do serviço público de transporte coletivo urbano por ônibus naquela cidade. No curso das investigações, restou apurado que os veículos da concessionária do serviço, Rodebem Transportes Ltda., estavam em péssimas condições, apresentando vícios capazes de expor a vida e a segurança dos usuários a graves riscos. Apurou-se ainda que os veículos já contavam mais de quinze anos de utilização, em que pese o contrato de concessão prever que a vida útil dos coletivos não poderia ultrapassar dez anos, o que fere o direito do consumidor de obter uma prestação de serviço seguro e adequado, bem como corresponde a descumprimento do contrato de concessão.

Contudo, durante as investigações, este órgão de execução foi surpreendido com a notícia de que a concessionária firmara um Termo de Ajustamento de Conduta com a Associação de Moradores de Canavial, principal bairro servido pelas linhas operadas por aquela, visando à solução do problema, sem, a participação, portanto deste órgão ministerial.

O referido TAC, nulo de pleno direito pelos motivos de direito que passaremos a expor, é composto pelas seguintes cláusulas: 1) A concessionária efetuará a troca de toda a frota de veículos; 2) A concessionária realizará reparos mecânicos nos veículos coletivos hoje em uso, de forma a torná-los seguros e adequados; 3) A concessionária indenizará qualquer consumidor que sofra danos materiais ou morais decorrentes da má prestação do serviço com a quantia de R$ 1000,00.

Este é o breve resumo dos fatos. Passemos a fundamentação jurídica da demanda.

2 - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1 - DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dentre as funções institucionais do Ministério Público, prevê a Constituição Federal, no seu art 129, inciso II *"zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia".*

Mais adiante, no inciso III, também do art. 129, a Carta Constitucional, confere legitimidade ao Ministério Público para *"promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".*

Também, o art. 25, inciso IV, alínea a, da Lei Orgânica nº 8.625/93 determina, por sua vez, que ao *Parquet* incumbe promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem". No mesmo sentido dispõe o artigo 34, VI da Lei Complementar Estadual nº 106/2003.

Ademais, considerando que as péssimas condições da frota de ônibus usada pela demandada Rodebem caracteriza frontal violação aos direitos difusos e individuais homogêneos dos consumidores, dos usuários indetermináveis e dos usuários determináveis e individualmente lesados pelo serviço público de má qualidade oferecido pela segunda ré, também se confirma a legitimidade do Ministério Público Estadual para a presente demanda através dos artigos 6º, X, 8º, 81, parágrafo único I e III e 82, I todos do Código de Defesa do Consumidor.

2.2 - LEGITIMIDADE PASSIVA DOS DEMANDADOS

A legitimidade passiva da concessionária de serviço público Rodebem Transportes Ltda. é evidente em razão de ser a responsável direta pela inadequada prestação do serviço de transporte coletivo aos usuários do serviço.

Sobre o Município de Ondefica sua inclusão no polo passivo se justifica em razão da sua omissão em fiscalizar o cumprimento do contrato de concessão do serviço

público de transporte coletivo firmado entre a Municipalidade e a **Rodebem Transportes Ltda**, visto que é dever do poder concedente exigir o correto cumprimento do contrato, conforme artigo 29 incisos I, II, VI e VII da Lei nº 8987/95.

Já a **Associação de Moradores de Canavial**, esta deve participar como ré da presente ação visto ser a compromitente do TAC nulo, cuja declaração de nulidade é um dos pedidos desta demanda, devendo, por óbvio, integrar seu polo passivo, em atenção ao princípio do contraditório.

2.3 – DA NULIDADE DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO PELA TERCEIRA DEMANDADA

Primeiramente, nos cabe esclarecer os motivos do pedido de declaração de nulidade do TAC firmado pela Associação de Moradores de Canavial com a concessionária de serviço público Rodebem **Transportes Ltda, visto que aparentemente protege os interesses dos usuários do serviço.**

Como é cediço, as associações civis possuem legitimidade para propor a ação civil pública, podendo, portanto firmar termo de ajustamento de conduta nos termos do artigo 5º, §6º da Lei nº 7347/85. Contudo, para tal se faz necessário o preenchimento dos requisitos previstos na Lei 7347/85 em todas as suas nuances, incluindo o disposto no artigo 5º, inciso V e §6º, o que não ocorreu no caso em tela.

Isso, pois a Associação de Moradores de Canavial, como associação de moradores, possui como finalidade institucional a proteção dos interesses dos moradores do referido bairro, não incluindo, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social e ao consumidor (art. 5º, V, "b" Lei 7347/85) o que acarreta o descumprimento doutrinariamente chamado de pertinência temática, o que impõe por si só a nulidade do TAC visto que carece de legitimidade a referida associação para representar os interesses difusos e individuais homogêneos dos consumidores usuários do serviço de transporte coletivo.

Ademais, mesmo que tal associação tivesse legitimidade para firmar o mencionado TAC, este foi feito sem interveniência do Ministério Público, o que também atrai sua nulidade, já que representa uma burla indireta ao artigo 5º, §1º da Lei 7347/85, afastando a interveniência do Ministério Público, legalmente imposta pelo referido artigo para os casos de ação civil pública proposta por outro legitimado, que não pode, por óbvio, ser afastada nos casos de termo de ajustamento de conduta. Isso, pois o TAC é um instrumento extrajudicial de resolução de conflito que dispensa homologação judicial para surtir efeitos, não podendo ser utilizado de forma possibilitar a ausência da referida intervenção do *Parquet* como fiscal da lei, uma das suas mais relevantes atribuições institucionais.

2.4- DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO

Partindo do inafastável pressuposto da nulidade do TAC firmado entre a Associação dos Moradores de Canavial e a Rodebem Transportes Ltda. se impõe que a presente demanda deve servir de instrumento de proteção aos consumidores, diretamente afetados pelas péssimas condições dos ônibus da Rodebem Transportes Ltda.

Considerando que se trata de uma prestação de serviço público que tem fundamento num contrato de concessão, claramente descumprido no caso em tela, temos a incidência da Lei Federal n. 8.987/95, onde consta do art. 6º, parágrafos 1º e 2º, a necessidade de prestação de um serviço adequado (seguro e regular e atual dentre outros), bem como dos artigos 29, incisos I, VI e VII, que impõe a necessidade de fiscalização da qualidade do serviço prestado aos usuários pelo poder concedente (Município de Ondefica) e artigo 31, I e VII, que traz como obrigações da concessionária a prestação do serviço adequado e a necessidade de zelo dos bens vinculados a concessão, o que também não ocorreu.

Já com base nesses dispositivos legais da Lei 8987/95 estaria plenamente demonstrada a violação do contrato de concessão e por consequência o descumprimento do direito dos usuários do serviço, consumidores por força do artigo 6º, inciso X, visto que a idade avançada da frota de ônibus e as péssimas condições desses veículos já descumprem o conceito de "serviço adequado".

Mas, inclusive por se tratar de direitos difusos e individuais homogêneos dos consumidores, a essa violação também se aplica a Lei 8078/90, incidindo sobre a questão os artigos 4º, VII, 6º, I, VI e X, 8º e em especial o artigo 22 e seu parágrafo único que aponta serem os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos e que nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

2.5- DO DANO MORAL COLETIVO

Em razão da violação ao direito difuso dos consumidores, usuários e possíveis usuários do serviço de transporte coletivo, que tiveram sua sensação de segurança e confiança no serviço oferecido pela Rodebem Transportes Ltda destruída, é devido pela concessionária, em razão da inadequação do serviço prestado, e pelo Município de Ondefica, em razão da sua omissão em fiscalizar a adequação dos serviços prestados pela concessionária, o pagamento de indenização do dano moral coletivo a ser depositado no Fundo de Direitos Difusos (artigo 13 da lei nº 8987/95), já que é um dos danos advindos da já descrita violação do dever de prestação do serviço adequado e como tal, a lei deve permitir sua integral reparação, como previsto no artigo 83 do CDC e no artigo 1º, IV da Lei nº 7347/85 que prevê expressamente as ações de responsabilidade por danos morais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo, se enquadrando no primeiro o respeito aos direitos dos consumidores.

2.6 DOS DANOS MORAIS E MATERIAIS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Além do dano moral coletivo, é devida indenização pelos danos individualmente causados em cada consumidor que expôs a risco a sua segurança e saúde ao ser transportado por veículos em péssimas condições de uso, ressaltando que tal dano não se confunde com o dano moral coletivo, visto que este é a violação do direito de uma coletividade de indivíduos cujas características de personalidade não interessam para quantificação do dano, pois são vistos como grupo cuja determinabilidade deve ser indiferente para a fixação do dano moral coletivo.

Aqui, no caso estamos falando de uma proteção coletiva do dano moral e material individual de cada lesado, a ser apurado em fase de liquidação de sentença, mas cuja legitimidade para pleitear é deste órgão ministerial por ser tratar de direito individual homogêneo, já que há uma situação fática que une os titulares desse direito de indenização, indenização essa também devida pela concessionária pela inadequação do serviço prestado e pelo Município de Ondefica este em razão da sua omissão em fiscalizar a adequação dos serviços prestados pela concessionária.

3. DO PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR

O fundamento legal para a CONCESSÃO DE LIMINAR na presente ação civil pública está no art. 12 da Lei n.º 7.347/85 c/c o art. 273 do Código de Processo Civil c/c artigo 84 §3º do CDC. Nesse passo, os requisitos para o deferimento da medida são a relevância do fundamento da demanda ou *fumus boni juris* e o receio de dano irreparável e de difícil reparação, ou seja, o *periculum in mora.*

No caso em análise, encontra-se patenteada a "*fumaça do bom direito*", uma vez que ficou demonstrada a violação das normas que regem a prestação do serviço público, conforme já exposto anteriormente.

Por outro lado, justifica-se o "perigo da demora" em razão do perigo ao qual estão expostos os usuários do serviço de transporte público oferecido aos cidadãos do Município de Ondefica já que os ônibus utilizados não possuem as condições adequadas de segurança para o transporte viário de passageiros.

Presentes, assim, os pressupostos autorizadores da concessão de MEDIDA LIMINAR, requer seja, com fundamento nos arts. 12 da Lei n. 7.347/85 (LACP) e 84, § 3º. do Código de Defesa do Consumidor – aplicável a qualquer tipo de ação civil pública em virtude do que dispõe o art. 21 da LACP -, a referida medida de urgência LIMINARMENTE deferida, **para:**

1) determinar a concessionária de serviço Rodebem Transportes Ltda que:

a) retire de circulação todos os ônibus que estejam sem condições de realizar o transporte viário de passageiros com segurança em 48 horas;

b) apresente em 30 dias um cronograma para troca dos veículos que possuem mais de 10 anos de uso, bem como para o conserto daqueles que possuem menos de 10 anos de uso mais que por outros motivos não estão nas condições para a prestação do serviço adequado de transporte público.

2) determinar ao Município de Ondefica que à decisão concessiva da liminar seja dada a máxima publicidade, por meios físicos e virtuais, com vistas ao seu conhecimento pela comunidade em geral.

4. DOS PEDIDOS PRINCIPAIS

Ao final do processo, requer o Ministério Público seja:

4.1. Seja **declarada a nulidade** do TAC firmado entre a Associação dos Moradores de Canavial e a concessionária de serviços públicos;

4.2. Seja, ainda, imposta a primeira demandada **a obrigação de fazer**, qual seja, adequar todos os veículos utilizados para o transporte coletivo de passageiros no Município de Ondefica às normas de segurança e conservação de forma a atender ao conceito de serviço adequado, em especial, a manter a frota com idade inferior a 10 anos, conforme previsto no contrato de concessão.

4.3. Seja também determinado ao Município de Ondefica a **obrigação de fazer**, consistente em fiscalizar corretamente o contrato de concessão firmado com a primeira demandada, exigindo a prestação de serviço adequado e punindo nos termos do referido contrato a concessionária em caso de descumprimento;

4.4. Sejam a primeira e a terceira demandadas condenadas a **obrigação de pagar** indenização do dano moral coletivo causado a coletividade pelo descumprimento comissivo e omissivo (respectivamente) do dever de prestação do serviço de transporte coletivo público adequado e seguro, estimada em cem mil reais a ser depositado na conta do Fundo de Direitos Difusos.

4.5. Sejam a primeira e a terceira demandadas condenadas a **obrigação de pagar** indenização pelos danos materiais e morais individualmente comprovados em sede de liquidação de sentença causados aos consumidores usuários dos serviços de transporte coletivo prestado pela primeira demandada.

5. DOS REQUERIMENTOS

5.1. Sejam os autos do **Inquérito Civil nº XXX distribuídos como documentos que acompanham essa demanda;**

5.2 Seja determinada a **citação dos réus**, para que contestem a ação no prazo legal, sob pena de suportar os efeitos da revelia;

5.3 A condenação dos réus no ônus da sucumbência, fixados em 20% (vinte por cento) do valor da causa, os quais deverão ser revertidos para o Fundo Especial do Ministério Público/Centro de Estudos Jurídicos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos termos da Lei Estadual nº 2.819/97, regulamentada pela Resolução GPGJ nº 801/98;

5.4 seja a verba sucumbencial destinada ao Fundo Especial do Ministério Público, regulamentado pela Lei Estadual n.º 2819/97 e pela Resolução GPGJ n.º 801/98.

Protesta por todas as provas admitidas em direito, especialmente, as provas documental, testemunhal, além de pericial e outras que se mostrarem necessárias no curso do processo.

Dá-se à causa o valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para efeitos fiscais.

P. deferimento.

Onde fica, XX de XXXX de XX

Promotor de Justiça

(XXXI CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL- 2009) *2ª questão - O Ministério Público ajuizou ação civil pública visando a obrigar determinado Município a fornecer medicamentos necessários à manutenção da vida de pessoas idosas enfermas e com deficiência física, mas com o necessário discernimento para os atos da vida civil. Em contestação, alegou-se ilegitimidade ativa, por se tratar de direitos individuais de pessoas com plena capacidade para seus atos, bem como impossibilidade jurídica do pedido, por ausência de determinação da fonte de custeio e por se tratar de tema afeto à discricionariedade administrativa. Acolhendo tais argumentos, o juiz extinguiu o processo sem resolução do mérito e remeteu os autos ao Tribunal para reexame necessário, não tendo havido recurso do Ministério Público. Por não haver necessidade de provas, o Tribunal reformou a sentença e julgou o mérito do processo favoravelmente ao Ministério Público, excluindo a condenação em honorários advocatícios em razão da natureza da parte autora. Manifeste-se objetivamente sobre as decisões judiciais.*

Autor: Bruno Rinaldi

Sugestão de resposta

Tendo em vista os fatos narrados, é de se destacar que a primeira decisão se mostra totalmente equivocada, ao passo que a segunda, apesar de adotar orientação acertada, se mostra errada no que toca ao capítulo relativo aos honorários advocatícios.

Abordando a primeira decisão, é imperioso observar que ambos os argumentos fazendários jamais mereceriam prosperar. Inicialmente, não há que se discutir a legitimidade ativa, uma vez que não há no ordenamento jurídico qualquer atrelamento entre a atuação do Ministério Público e a ausência de discernimento para atos da vida civil.

É certo que, ausente a capacidade de se autodeterminar e exteriorizar vontade, surge a legitimação do MP para atuar. Contudo, não há aqui um limite exclusivo de ação ministerial.

Afinal, há um grupo de pessoas com problema semelhante, reunindo características afins, indeterminadas porém determináveis. Por isso, resta clara a existência de um direito individual homogêneo, a teor do artigo 81, parágrafo único, III, da Lei n° 8.078/90.

O artigo 129, III, da Constituição da República, confere ao Ministério Público a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos. À evidência, o texto constitucional trata tal espécie de direitos como gênero, havendo ainda a subespécie daqueles individuais homogêneos.

Não se desconhece a existência de entendimento doutrinário limitando a atuação do Parquet aos interesses difusos e coletivos, a partir de uma interpretação gramatical do texto constitucional. Contudo, tal visão se contrapõe à máxima efetividade dos direitos fundamentais, tolhendo o Ministério Público de atuar em defesa de pessoas que, coletivamente consideradas, estão em situação de vulnerabilidade.

Ademais, o artigo 82, I, da Lei n° 8.078/90, confere ao Parquet legitimidade para a tutela dos interesses ora abordados.

Logo, não resta dúvida quanto à ausência de vícios na legitimidade ativa ministerial.

Além disso, ainda no que toca aos argumentos fazendários que ensejaram a primeira decisão, a ausência de fonte de custeio não pode jamais obstar a concretização de um direito fundamental. Afinal, o fornecimento de medicamentos se mostra como condição essencial à plena fruição do direito à saúde, e à própria vida, com respaldo no artigo 6°, de nossa Bíblia Política.

Nesse sentido, regras de direito orçamentário não possuem o condão de se contrapor à máxima efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que, fosse o contrário, haveria flagrante ofensa ao Estado Democrático de Direito.

Em verdade, a privação de medicamentos chega a ferir o mínimo existencial de saúde, sendo, assim, intolerável.

Por isso, à luz de um juízo de proporcionalidade, não é válido invocar a ausência de fonte de custeio para negar o fornecimento de medicamentos pretendido.

Outrossim, no que toca à alegada discricionariedade administrativa, é necessário observar que não é uma escolha do administrador fornecer ou não remédios. Trata-se de uma obrigação impositiva, extraída do fato de que a saúde é direito de todos e dever do Estado (artigo 196, CRFB), e incluída no conjunto de ações que compõe o SUS, a teor do artigo 4°, §1°, da Lei n° 8.080/90.

Não há, assim, qualquer margem de discricionariedade, tratando-se de ato inteiramente vinculado. Por isso, não é minimamente razoável que se invoque tal argumento para obstar a concretização de um direito fundamental.

Portanto, resta claro que todos os argumentos invocados pela sentença não merecem prosperar, e, portanto, mostra-se equivocada a decisão que os acolheu.

No que toca à segunda decisão, primeiramente é de se registrar que o Tribunal agiu acertadamente ao prosseguir imediatamente ao julgamento da causa, e não simplesmente anular a decisão e determinar o retorno dos autos ao 1° grau de jurisdição. Afinal, a questão não enseja maiores comprovações quanto ao direito invocado, sendo certo que a Fazenda Pública não apresentou qualquer matéria fática em defesa.

Logo, possível e até mesmo recomendável o julgamento do mérito diretamente, tendo em vista que a interposição do recurso devolve ao 2° grau de jurisdição a integralidade do mérito. Não há, pois, limites horizontais à cognição de segundo grau, a teor do artigo 515, caput e §2°, do Código de Processo Civil.

Por isso, considerando que não haveria no caso concreto prejuízo a qualquer das partes, é altamente indicado o julgamento de pronto do mérito da causa, com base na ideia de eficiência e no artigo 5°, LXXVIII, da Constituição da República, que trata da razoável duração do processo.

Contudo, a decisão de 2º grau de jurisdição se mostra equivocada no que diz respeito aos honorários, uma vez que o Ministério Público se integra no ente federativo estadual, ao passo que o polo passivo é composto pelo Município. Há, pois, em termos gerais, entes diferentes em litígio, sendo perfeitamente possível a fixação de honorários sucumbenciais.

É certo, porém, que toda e qualquer verba relativa a honorários em favor do Ministério Público deverá ser direcionada a Fundo Especial, sendo revertida em favor da instituição - jamais para o membro individualmente considerado, conforme expressa vedação constitucional insculpida no artigo 128, §5º, II, a.

Por todo o exposto, verifica-se que a segunda decisão se mostra parcialmente acertada.

Comentário

Como é de praxe em questões discursivas, a primeira tarefa que se apresenta é a identificação dos pontos a serem abordados na resposta. Tal exercício é especialmente relevante no caso em tela, tendo em vista o comando genérico apresentado. Assim, são duas as decisões a serem examinadas. A primeira delas acolheu os argumentos fazendários, o que torna necessária a análise dos fundamentos aduzidos em defesa pelo Município. Já a segunda é parcialmente favorável ao Parquet, devendo o candidato observar se o julgamento favorável ao MP foi correto, apontando o porquê de sua conclusão, bem como abordar a exclusão da condenação de honorários.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

8.1. PROVAS PRELIMINARES

(XXXIII CONCURSO - PROVA PRELIMINAR - 2014) *4ª Questão - Direito Processual Penal - Austeclenianoé acusado de tráfico ilícito de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/06), perante a Vara Criminal de determinada cidade, eis que preso em flagrante, na posse de 279 "papelotes" de cocaína pura, mais 451 pedras de "crack". No momento da sentença, o Juiz, entendendo que as drogas seriam para uso recreativo, opera a desclassificação da conduta, para aquela descrita no art. 28 da citada Lei (porte para uso próprio) e, em consequência, remete os autos ao Juizado Especial Criminal, por declínio de competência. O órgão do Ministério Público perante o Juízo Criminal de origem toma ciência da decisão, porém não maneja qualquer recurso. Chegando os autos ao Juizado Especial, a perplexidade toma conta do Juiz e do Promotor ali em exercício. Absolutamente convencidos de que a hipótese não é de porte para uso próprio, aquele, a requerimento deste, suscita conflito negativo de competência, remetendo os autos ao Tribunal de Justiça para exame e decisão da controvérsia. Diante da situação, pergunta-se: Cabe o conflito de competência suscitado? É possível o manejo de algum recurso contra a decisão desclassificatória por parte do Promotor em exercício perante o Juizado Especial Criminal? Em caso positivo, qual? Em caso negativo, qual seria o desfecho do caso? Resposta objetivamente justificada.*

Autora: Roberta Jorio

Sugestão de resposta

Não cabe o conflito de competência suscitado. Muito embora o Ministério Público possa, de fato, requerer ao Juízo que se suscite o chamado conflito de jurisdição (art. 115, inciso II, do CPP), no caso descrito, já estarão preclusos os meios de impugnação da decisão desclassificatória da qual resultou a alteração da competência. Tampouco cabe recurso por parte do Promotor de Justiça em exercício perante o Juizado Especial Criminal, pois, além da preclusão, este enfrentaria o óbice da ausência de atribuição para o ato, que seria privativo do Promotor de Justiça oficiante no Juízo Criminal de origem. Assim, cabe ao membro do Ministério Público requerer a absolvição do acusado, vez que convencido de

que os fatos não se amoldam ao crime tipificado no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 e a análise do mérito quanto ao tráfico de drogas já estará transitada em julgado.

Comentário

A intenção do examinador foi de afastar a visão pré-concebida de que, em prova para o Ministério Público, a acusação implacável é sempre a melhor solução. Ressalte-se que há orientação minoritária sustentando a possibilidade, no caso, de revolver matéria já preclusa pela via do conflito de competência. Não foi este, porém, o entendimento adotado pela banca examinadora, que se filiou à posição majoritária, consentânea com a marcha evolutiva do processo.

***(XXXIII CONCURSO - PROVA PRELIMINAR - 2014)** 5ª Questão - Direito Processual Penal - O arquivamento do inquérito penal ou peças de informação pode fazer coisa julgada matéria? Isso seria compatível com o sistema acusatório e o princípio da inércia?*

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

O arquivamento do inquérito penal ou de peças de informação não faz coisa julgada material, pois o arquivamento é ato administrativo complexo, uma decisão judicial, e não jurisdicional, no qual, após a manifestação do órgão de execução do Ministério Público neste sentido, em virtude de lastro indiciário mínimo inexistente, o juiz se limita a homologar a promoção de arquivamento. Como não há ação penal, não pode haver também jurisdição, que depende da provocação, e, portanto, também não há processo. Logo, por imperativo lógico, não pode haver coisa julgada material. Caso o arquivamento produzisse coisa julgada material, tal encerraria violação à inércia, pois estar-se-ia prestando jurisdição, com definitividade, sem provocação mediante ajuizamento de ação penal e, também, ao sistema acusatório, na medida em que uma suposta decisão de arquivamento com coisa julgada supõe, por parte do juiz, a formulação e admissão de uma imputação que sequer foi feita pelo titular da ação penal, vulnerando-se, destarte, a divisão entre as funções de acusação e julgamento, as quais estariam personificadas no mesmo órgão.

Comentário 1

É cediço que o STF já admitiu a eficácia de coisa julgada material à decisão judicial de homologação do arquivamento, nos termos que, fielmente, reproduzimos abaixo:

*Inq 2164/DF**

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

DECISÃO: Trata-se de inquérito policial contra o Senador Marcelo Bezerra Crivella e o Deputado Federal João Batista Ramos da Silva, para apurar suposta prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal (falsidade ideológica).

A Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Procurador-Geral, Doutor Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, requereu o arquivamento do feito, afirmando o seguinte (fls. 790-793):

"Trata-se de inquérito instaurado para apurar possível prática do crime previsto no artigo 299 do Código Penal, por parte do Senador Marcelo Bezerra Crivella e do Deputado Federal João Batista Ramos da Silva.

O objeto de investigação reside no fato desses parlamentares terem supostamente ostentado, nos termos da Cláusula Quinta da 21ª alteração do contrato social da empresa TV Cabrália Ltda., datada de 13/11/2003, a condição de 'sócios administradores' da referida empresa concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens, situação vedada pelo art. 54, 'a' c/c inciso II, 'a', da Constituição Federal e pelo art. 38, parágrafo único da Lei nº 4.117/92, com redação dada pela Lei nº 10.610/02. (fl. 126).

Não obstante, os parlamentares declararam na cláusula décima quinta da citada alteração contratual 'não estarem impedidos, por lei especial, de exercer a administração da sociedade' (fl. 126) o que, ao menos em tese, consubstanciaria o crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP), eis que haveria o falseamento da verdade sobre fato juridicamente relevante.

Ainda segundo a representação, haveria fortes indícios de que o Senador Marcelo Crivella teria praticado crime contra a ordem tributária.

Marcelo Bezzerra Crivella

Consoante disposto no instrumento particular de promessa e cessão e transferência de quotas e outras avenças (280/281), em 22/12/1999 o Senador Marcelo Crivella 'cede e transfere ao Promitente Cessionário, ou a quem este indicar, 133.711 (cento e trinta e três mil, setecentos e onze) quotas' da TV Cabrália Ltda. Em contrapartida, Osvaldo Roberto Ceola 'assume perante a Anuente, a dívida do Promitente Cedente no valor de R$ 305.520,53 (trezentos e cinco mil, quinhentos e vinte reais e cinqüenta e três centavos), valor este atualizado até a presente data, na condição de devedor principal e assessório'. A outra metade das quotas do referido Senador foi transferida a José Célio Lopes, também na mesma data (fls. 282/283).

Essas transferências foram mencionadas nas Declarações de Rendas do Senador Marcelo Crivella em 2000, ano calendário 1999 (fls. 497) e, como é natural, o cedente afastou-se da TV Cabrália, bem como nas Declarações do Imposto de Renda dos adquirentes, no mesmo período (fls. 713 e 743).

Compulsando os autos, percebe-se que a transferência das cotas se deu em período anterior a 19/12/2002, data em que Marcelo Crivella diplomou-se Senador da República. E mais, ainda que a empresa TV Cabrália tenha posteriormente manifestado desistência do pedido de transferência de quotas (fl. 218), tal se deveu em razão do pretendente sócio-cotista Osvaldo Roberto Ceola já ter ultrapassado os limites fixados para estações radiodifusoaras de sons e imagens, no art. 12 do Decreto-lei nº 236/67, conforme informação do Ministério

das Comunicações (fl. 213/214). Ademais, esse pedido de desistência já não poderia ser imputado ao Senador, posto que já havia se retirado da sociedade, não cabendo falar em descumprimento doloso do art. 54, 'a', c/c inciso II, 'a', da Constituição Federal e pelo art. 38, parágrafo único da Lei nº 4.117/92, com redação dada pela Lei nº 10.610/02.

Outrossim, após a diplomação do Senador, seu nome continuou a constar formalmente do Contrato Social da TV Cabrália por mero equívoco da assessoria jurídica da empresa, não existindo nos autos nenhuma prova de que o referido Senador tinha ciência desse equívoco.

Ora, o crime de falsidade ideológica admite somente a forma dolosa. Portanto, o parlamentar não cometeu crime de falsidade ideológica ao afirmar estar desimpedido, por lei especial, de exercer a administração da sociedade, porque realmente acreditava estar completamente afastado daquela sociedade. E materialmente estava, malgrado equívoco da assessoria jurídica da empresa ter mantido seu nome no contrato social da TV Cabrália.

Com relação à TV Record de Franca, os fatos se deram de maneira semelhante. Em 15/06/1999, portanto anteriormente à data de diplomação, o Senador Marcelo Crivella cedeu e transferiu a Clodomir dos Santos Matos 16.5000 (dezesseis mil e quinhentas) quotas da TV Franca Ltda. recebendo a quantia de R$ 235.000,00 (duzentos e trinta e cinco mil reais), conforme atestado pela Superintendência Regional da 7ª Região Fiscal (fl. 284).

Portanto, cabe concluir pela atipicidade da conduta, não podendo ser imputada a prática de crime de falsidade ideológica e, considerando as declarações de renda prestadas à Receita Federal, tampouco cogitar de crime contra a ordem tributária.

João Batista Ramos da Silva

Consta dos autos pedido de substituição da administração da TV Cabrália Ltda. (fl. 310), protocolado em 16/09/2002, anteriormente a 19/12/2002 (data em que João Batista Ramos da Silva foi diplomado Deputado Federal), que passaria a ser gerida por João Luis Dutra Leite e Alexandre Faria Raposo.

Entretanto, a Junta Comercial só registra a transferência dos poderes de gestão a terceiros com a anuência do Ministério das Comunicações. O pedido de anuência foi encaminhado ao Ministério das Comunicações em 16/09/2002, mas o referido Ministério não manifestou anuência até o presente momento devido a questões burocráticas, que estão fora do alcance do referido Deputado Federal, de sorte que não se poderia falar em descumprimento doloso do art. 54, inciso 'a' c/c inciso II, 'a', da Constituição Federal e pelo art. 38, parágrafo único da Lei nº 4.117/92, com redação dada pela Lei nº 10.610/02.

Portanto, não se verificando dolo do parlamentar de falsear a verdade sobre fato juridicamente relevante, conclui-se pela atipicidade da conduta, descabendo a imputação do crime previsto no art. 299 do Código Penal, mesmo porque 'o crime de falsidade ideológica só se caracteriza se a inserção em documento particular de declaração falsa for precedida de dolo específico de criar, extinguir ou alterar situação jurídica de direito público ou privado. Embora delito de natureza formal, é mister, para que a conduta do agente se torne típica, a demonstração do elemento subjetivo do tipo. Inexistente esse, inexistente o crime (RT 807/531)'.

Ante o exposto, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL o ARQUIVAMENTO dos autos, na forma preceituada no art. 28 do Código de Processo Penal." (fls. 790-793).

No julgamento do HC nº 83.343/SP, 1ª Turma, unânime, DJ de 19.08.2005, o ministro relator, Sepúlveda Pertence, manifestou-se acerca dos efeitos jurídicos decorrentes de deferimento judicial do pedido de arquivamento de inquérito policial por parte do Ministério Público, em virtude da atipicidade do fato, como demonstra a seguinte ementa:

"I - Habeas corpus: cabimento. É da jurisprudência do Tribunal que não impedem a impetração de habeas corpus a admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão impugnada, nem a efetiva interposição deles.

II - Inquérito policial: arquivamento com base na atipicidade do fato: eficácia de coisa julgada material.

A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, quando fundado o pedido do Ministério Público em que o fato nele apurado não constitui crime, mais que preclusão, produz coisa julgada material, que - ainda quando emanada a decisão de juiz absolutamente incompetente -, impede a instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio. Precedentes: HC 80.560, 1ª T., 20.02.01, Pertence, RTJ 179/755; Inq 1538, Pl., 08.08.01, Pertence, RTJ 178/1090; Inq-QO 2044, Pl., 29.09.04, Pertence, DJ 28.10.04; HC 75.907, 1ª T., 11.11.97, Pertence, DJ 9.4.99; HC 80.263, Pl., 20.2.03, Galvão, RTJ 186/1040."

Na hipótese de existência de pronunciamento do Chefe do Ministério Público Federal pelo arquivamento do inquérito, tem-se, em princípio, um juízo negativo acerca da necessidade de apuração da prática delitiva exercida pelo órgão que, de modo legítimo e exclusivo, detém a opinio delicti a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (INQ nº 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, unânime, DJ de 19.04.1991; INQ nº 719/AC, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, unânime, DJ de 24.09.1993; INQ nº 851/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, unânime, DJ de 06.06.1997; HC nº 75.907/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, maioria, DJ de 09.04.1999; HC nº 80.560/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 30.03.2001; INQ nº 1538/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, DJ de 14.09.2001; HC nº 80.263/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, DJ de 27.06.2003; INQ nº 1608/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, unânime, DJ de 06.08.2004; INQ nº 1884/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, DJ de 27.08.2004; INQ-QO nº 2044/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, maioria, DJ de 08.04.2005; e HC nº 83.343/SP, 1ª Turma, unânime, DJ de 19.08.2005), assevera que o pronunciamento de arquivamento, em regra, deve ser acolhido sem que se questione ou se entre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal, exceto nas duas hipóteses em que a determinação judicial do arquivamento possa gerar coisa julgada material, a saber: prescrição da pretensão punitiva e atipicidade da conduta.

Nesse particular, é válido transcrever o inteiro teor da ementa do Inquérito nº 1.604, também da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que expõe a questão ainda com maior clareza:

"Inquérito policial: arquivamento requerido pelo chefe do Ministério Público por falta de base empírica para a denúncia: irrecusabilidade. 1. No processo penal brasileiro, o motivo do pedido de arquivamento do inquérito policial condiciona o poder decisório do juiz, a quem couber determiná-lo, e a eficácia do provimento que exarar. 2. Se o pedido do Ministério Público se funda na extinção da punibilidade, há de o juiz proferir decisão a respeito, para declará-la ou para denegá-la, caso em que o julgado vinculará a acusação: há, então, julgamento definitivo. 3. Do mesmo modo, se o pedido de arquivamento - conforme a arguta distinção de Bento de Faria, acolhida por Frederico Marques -, traduz, na verdade, recusa de promover a ação penal, por entender que o fato, embora apurado, não constitui crime, há de o Juiz decidir a respeito e, se acolhe o fundamento do pedido, a decisão tem a mesma eficácia de coisa julgada da rejeição da denúncia por motivo idêntico (C.Pr.Pen., art. 43, I), impedindo denúncia posterior com base na imputação que se reputou não criminosa. 4. Diversamente ocorre se o arquivamento é requerido por falta de base empírica, no estado do inquérito, para o oferecimento da denúncia, de cuja suficiência é o Ministério Público o árbitro exclusivo. 5. Nessa hipótese, se o arquivamento é requerido por outro órgão do Ministério Público, o juiz, conforme o art. 28 C.Pr.Pen., pode submeter o caso ao chefe da instituição, o Procurador-Geral, que, no entanto, se insistir nele, fará o arquivamento irrecusável. 6. Por isso, se é o Procurador-Geral mesmo que requer o arquivamento - como é atribuição sua nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal - a esse não restará alternativa que não o seu deferimento, por decisão de efeitos rebus sic stantibus, que apenas impede, sem provas novas, o oferecimento da denúncia (C.Pr.Pen., art. 18; Súmula 524). 7. O mesmo é de concluir, se - qual sucede no caso -, o Procurador-Geral, subscrevendo-o, aprova de antemão o pedido de arquivamento apresentado por outro órgão do Ministério Público." (INQ 1604, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13.12.02)

Constata-se, portanto, que apenas nas hipóteses de atipicidade da conduta e extinção da punibilidade poderá o Tribunal analisar o mérito das alegações trazidas pelo Procurador-Geral da República.

Isso evidencia que, nas demais hipóteses, como nada mais resta ao Tribunal a não ser o arquivamento do inquérito, a manifestação do Procurador-Geral da República, uma vez emitida, já é definitiva no sentido do seu arquivamento.

Sendo assim, o ato de "solicitar o arquivamento", na hipótese estrita em que se alegue a inexistência de lastro probatório mínimo, apresenta a natureza eminentemente jurídica de obstar a apreciação judicial de eventual persecução penal por parte do Poder Judiciário.

No caso concreto ora em apreço, o pedido de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral da República, Doutor Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, baseia-se no argumento de que a conduta apurada nos autos deste inquérito é atípica.

Da leitura dos elementos colhidos nas investigações, observa-se que os investigados, o Senador Marcelo Bezerra Crivella e o Deputado Federal João Batista Ramos da Silva, no momento da investidura em seus respectivos cargos não mais integravam ou possuíam cotas ou ações das empresas concessionárias de serviços de radiodifusão de sons e imagens.

O tipo penal imputado aos investigados é o previsto no art. 299 do Código Penal: "Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante."

Ante o exposto, portanto, os fatos apurados não podem, nem mesmo em tese, ser considerados como criminosos, porque, na espécie, é manifesta a atipicidade da conduta de ambos os investigados.

Nestes termos, na linha do posicionamento do Ministério Público Federal, determino, com fundamento no art. 21, XV, do RI/STF e no art. 3º, I, da Lei nº 8.038/1990, o arquivamento do presente inquérito.

Publique-se.

Arquive-se.

Brasília, 5 de setembro de 2006.

Ministro GILMAR MENDESRelator

Não obstante a posição do STF, a questão exigia como resposta a negativa de que a decisão judicial de arquivamento produza efeitos de coisa julgada material. E com razão, pois, como assevera Afrânio Silva Jardim: "Dissemos decisão judicial, no sentido próprio da expressão. Vale dizer, não é um mero despacho como pode fazer crer uma leitura apressada do código. Não é sentença por inexistir processo ou jurisdição, mas simples decisão administrativa (sentido lato). Por ser oriunda do Poder Judiciário, torna-se judicial" In: Direito Processual Penal.Estudos e Pareceres. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 194.

(XXXII Concurso – PROVA PRELIMINAR –2011) *4ª questão – Direito Processual Penal– No que se refere aos procedimentos penais, pergunta-se: a) É possível a decretação de absolvição sumária com base na prescrição virtual ou pela pena ideal? b) Existe a possibilidade de realização de diligências após a audiência concentrada no procedimento sumário?*

***Autor:** Marco Antonio Reis*

Sugestão de resposta

a) A despeito de posições em contrário, no sentido de que a prescrição virtual ou pela pena ideal encerraria falta de interesse de agir, a decretação de absolvição sumária é impossível porque viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Ademais, o enunciado da súmula n. 438 do STJ reputou inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento na pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.B) Uma vez que (i) o art. 533 prevê a aplicação do procedimento ordinário quando omisso for o procedimento sumário, e que o (ii) art. 535,CPP, assevera que Nenhum ato será adiado, salvo quando

imprescindível a prova faltante, via de regra a realização de diligências após a audiência concentrada não é possível, à exceção daquelas consideradas essenciais ou houver complexidade acima do normal e número elevado de réus, devendo o juiz, nestes casos excepcionais, paralisar ou fracionar a audiência, abrindo vista às partes para memoriais (art. 403, parágrafo 3°, CPP).

***(XXXII Concurso - PROVA PRELIMINAR -2011)** 5ª questão - Direito Processual Penal - Dado o advento da Lei 12.403/11, pergunta-se: a) Foi extinta a modalidade cautelar de flagrante delito? b) No caso de não existirem os motivos para a prisão preventiva em crime com pena abstrata maior de quatro anos, como pode agir o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante? RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.*

***Autor:** Marco Antonio Reis*

Sugestão de resposta

a) Antes do advento da Lei 12.403/11, a prisão em flagrante, lavrado o auto, administrativamente, pela autoridade policial e, após comunicação ao juiz, em homenagem ao art. 5°, LXII, e, desde que corroborada por este, passava a encerrar título prisional cautelar autônomo. Isso porque quando da lavratura do auto já está presente o fummus comissi delicti, restando ao juiz a apreciação do periculum in mora. Tal se infere do art. 5°, LXI, CR. Com a alteração legislativa, perdeu o título prisional autonomia, pois o juiz não mais ratifica o flagrante e o mantém com a mesma natureza, mas está obrigado pelo art. 310, CPP a relaxar a prisão ilegal, conceder liberdade provisória quando não for o caso de decreto preventivo ou converter a prisão em flagrante (realizada pela autoridade policial) em preventiva. Não subsiste mais, portanto, a prisão em flagrante como forma autônoma de cautelar prisional.

b) Conforme a hipótese pode conceder liberdade provisória vinculada na forma do art. 310, parágrafo único, CPP; b) conceder liberdade provisória com fiança; c) conceder liberdade provisória sem fiança, cumulada com uma ou mais medidas cautelares do art. 319, CPP, sempre respeitados os critérios do art. 282, CPP, conforme estipula a regra do art. 321 do CPP.

Comentário 1

Consoante salienta o examinador da banca à época em obra: "Ocorre que a Lei 12.403/2011, amparada nesta doutrina, acabou por retirar autonomia da prisão em flagrante como cautelar. A referida defende que, 'O flagrante é uma medida precária, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, e que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante...' [o autor cita neste trecho a doutrina de Aury Lopes Jr]". Noutro trecho, assevera o autor: "Porém, para nós, esta alteração feita pelo legislador não foi a mais acertada. Ora, entre

nós a prisão em flagrante, após ratificada pela autoridade judicial, sempre foi uma forma autônoma de prisão cautelar, conforme se depreende do texto constitucional".(Cf. LIMA, Marcellus Polastri. Da Prisão e da Liberdade Provisória....Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011p.72,73).

***(XXXI Concurso - PROVA PRELIMINAR -2009)** 4ª questão - DireitoProcessual Penal - José foi preso em flagrante delito, e lavrado o flagrante pelo Delegado da 9ª DP, por crime de roubo, sendo recolhido o agente ao cárcere provisório e a comunicação do flagrante foi distribuída ao juiz da Vara Criminal competente dentro das necessárias 24 (vinte e quatro) horas. Pergunta-se:a) O Magistrado, não estando presentes motivos para a soltura do detido, pode manter, justificadamente, aquela prisão em flagrante já efetivada pelo delegado, com base no fumus comissi delicti e, em caso positivo, o que deve apreciar o juiz?b) Ou seria necessário que, neste caso concreto, não estando presentes os motivos para relaxamento ou liberdade provisória, o Magistrado decretasse uma cautelar de prisão preventiva do agente preso? EM CADA LETRA DA QUESTÃO JUSTIFIQUE A OPÇÃO ESCOLHIDA e REBATA, SEFOR O CASO, A NÃO ESCOLHIDA DE FORMA SEPARADA E SUCINTA*

***Autor:** Marco Antonio Reis*

Sugestão de resposta

a) A resposta é afirmativa, devendo o juiz analisar o periculum libertatis. Neste momento, o juiz fará um exame sobre a necessidade da prisão. Tal se fundamenta no disposto pelo art.5° , LXII da CRFB/1988, o qual impõe a comunicação imediata da prisão em flagrante ao magistrado e justifica-se pela (i) necessidade de reação social imediata ou autodefesa social face ao injusto penal e (ii) pela colheita imediata de suporte indiciário mínimo em função da certeza visual do delito e da necessidade de preservação desses elementos. **b)**A resposta é que não será necessário que o juiz decrete a prisão preventiva. A posição oposta se baseia na ideia de que a prisão em flagrante não pode subsistir por si só, em virtude de ser medida pré-cautelar de natureza pessoal. Esta posição se equivoca, pois a prisão em flagrante é, após confirmada autoridade judicial, modalidade autônoma de cautelar à luz da CRFB, art. 5°, LXI e LXII e do CPP, art. 306, parágrafo 1°.

Comentário 1

A questão, atualmente, resta prejudicada. Isto porque a última grande reforma do CPP quanto às prisões e outras medidas cautelares modificou sensivelmente o tratamento da prisão em flagrante e da preventiva. Conforme é cediço, hodiernamente, uma vez lavrado o auto de prisão em flagrante, a comunicação imediata se dá ao juiz para que este, em caso de presença dos requisitos que autorizam a prisão preventiva, converta a prisão em flagrante naquela.

Neste particular, concordamos com Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim: "Verifica-se, portanto, que a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva,

quando da homologação do flagrante, em atuação ex officio, é inconstitucional, por violar o art. 129, inciso I da CR, já que o juiz provoca a própria jurisdição, na fase inquisitorial, avançando indevidamente acerca da opinio delicti. O juiz somente pode converter a prisão em flagrante em prisão preventiva mediante provocação do Ministério Público ou por representação da Autoridade Policial" (in: Direito Processual Penal. Estudos e Pareceres. 12.ed Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2013, p. 428).

Comentário 2

A resposta procurou guardar consonância com o conteúdo da obra do examinador à época sobre o ponto perguntado. (In: LIMA, Marcellus Polastri. Manual de Processo Penal. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 609 et seq: "E daí a pergunta: e quanto ao outro requisito da prisão cautelar, o periculum in mora ou periculum libertatis? Este requisito fica ao prudente exame do juiz, que, ao receber o auto de prisão em flagrante, fará um juízo da presença da necessidade da prisão e, caso negativo, deverá liberar o preso. E é por este motivo que o legislador constituinte dispõe no art. 5°, LXII, que deve haver imediata comunicação da prisão em flagrante ao juiz de direito. E quais são as justificativas para esta exceção, com exame posterior da necessidade da prisão? Parte da doutrina aponta duas justificativas: 1. Reação social imediata à prática do ilícito penal; 2. Necessidade de coleta imediata da prova ". Ainda em trecho posterior, em resposta à doutrina que atribuía caráter de medida pré-cautelar à prisão em flagrante, o autor arremata: "Porém, esta conclusão não nos afigura a mais acertada. Ora, entre nós a prisão em flagrante, após ser ratificada pela autoridade judicial, é forma autônoma de prisão cautelar, conforme se depreende do texto constitucional e do Código de Processo Penal. O que ocorre é que se trata de medida excepcional, pela qual são autoirizadas a captura, a lavratura do auto de prisão em flagrante e a detenção, sem prévia ordem judicial, por estar evidentemente presente o fummus comissi delicti".

Comentário #3. A antiga redação do art. 306 e parágrafo 1° do CPP, ao qual a resposta faz menção, dispunha neste sentido:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei n° 11.449, de 2007).

§ 1° Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei n° 11.449, de 2007).

(XXXI Concurso – PROVA PRELIMINAR –2009) *5ª questão – DireitoProcessual Penal – Pedro foi condenado a 22 anos de prisão no dia 24.04.2009, por prática de homicídio qualificado, pelo Tribunal do Júri de Niterói. De imediato, o advogado apresentou o recurso de protesto por novo júri, afirmando que o crime foi praticado e o réu pronunciado no ano de 2007, quando este recurso estava ainda em vigor em nossa lei*

processual. Alegou o defensor que a norma tinha caráter hibrido ou que seria norma mista, com carga penal, não podendo ser aplicada a novatio legis da reforma penal do ano de 2008 e, ainda, que não poderia ser ofendido o princípio ou garantia do duplo grau de jurisdição que rege a matéria de recursos. O advogado de Pedro estaria com razão?- JUSTIFIQUE A REPOSTA, POSITIVA OU NEGATIVAMENTE CONSIDERANDO CADA ARGUMENTO DO CAUSÍDICO.

Autor: André Morgado

Sugestão de resposta

Há controvérsia sobre o tema. Para determinado setor doutrinário, a norma que revogou a mencionada espécie recursal encerraria conteúdo híbrido (penal e processual penal), pelo que não poderia retroagir para alcançar fato pretérito, ante a garantia de irretroatividade da lex gravior (art. 5°, XL, da CRFB). O melhor entendimento, no entanto, é no sentido de que a norma possui conteúdo exclusivamente processual, já que se limitou a expurgar do ordenamento determinada modalidade recursal, não refletindo sobre o direito material. Aplicável a regra tempus regit actum (art. 2°, do CPP), sendo certo que o marco temporal é a data da lavratura da decisão pelo Conselho de Sentença. Quanto à alegação de violação da garantia do duplo grau de jurisdição, tampouco assiste razão ao causídico, seja porque a decisão proferida pelo Tribunal do Júri continua a desafiar recurso de apelação (art. 593, III, do CPP), seja porque a modalidade recursal revogada não provocava a atuação da instância de grau superior.

Comentários

A questão foi formulada em 16/08/2009, isto é, pouco mais de um ano após a vigência da Lei n° 11.689/08. De toda forma, a obra do examinador, de leitura obrigatória, já analisava a questão (LIMA, Marcellus Polastri. Manual de Processo Penal, 4ª ed., Ed. Lumen Juris, pp. 1047/1048), tendo a jurisprudência se pacificado, posteriormente, no mesmo sentido defendido na citada obra. Em se cuidando de questão de Prova Preliminar, com severa limitação de linhas para a resposta, cumpre ao candidato ser conciso em sua explanação e preciso no uso do vernáculo, concentrando o máximo de informações em um texto curto.

8.2. PROVAS ESPECIALIZADAS

(XXXIII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL- 2014) *- 1ª Questão - Uma sentença tida por inexistente pode gerar algum tipo de efeito jurídico no processo penal? Caso positivo, qual ou quais? Resposta objetivamente fundamentada.*

Autora: Bárbara Nascimento

Sugestão de resposta

A sentença é uma manifestação da jurisdição. Jurisdição é o poder que o Estado tem de dizer o Direito. Pela sentença, o magistrado aplica o direito aos fatos que foram levados a seu conhecimento. Trata-se, portanto, da manifestação de um dos poderes políticos do Estado.

Mas como ato jurídico que é, a sentença possui planos de existência, validade e eficácia. Só se afere validade e eficácia caso ela exista.

Para que ela, a sentença, exista, deve emanar de um órgão que possui jurisdição. Por isso, uma sentença assinada por quem não é juiz não existe, sequer pode ser chamada de sentença, pois emana de quem não possui jurisdição.

Portanto, em regra, uma sentença inexistente não pode gerar qualquer efeito jurídico no processo penal.

Há, contudo, uma hipótese na qual doutrina e jurisprudência divergem: sentença emanada de órgão judicial sem competência constitucional para apreciar a questão. Passa-se a explicar.

É dito que a competência é parcela da jurisdição atribuída a um órgão. Tal definição é criticada por alguns sob o argumento de que a jurisdição é uma, portanto o que haveria seria uma repartição de trabalho. De qualquer forma, a Constituição da República reparte a competência em diversos dispositivos, como o art. 102 que traz a competência do STF, o art. 105 que traz a do STJ e o 109, que traz a competência da Justiça Federal. A competência da Justiça Estadual não é trazida expressamente pois é residual e alcançada por um critério de exclusão.

Diante disso, levanta-se a questão: qual é o vício que possui a sentença emanada por quem não tem competência constitucional? Ou seja, se é hipótese de competência da Justiça Federal, por força do art. 109 da CRFB, mas o feito foi processado e julgado perante a Justiça Estadual, qual é a natureza do vício dessa sentença?

Para uma primeira corrente, ela seria nula, o vício seria de nulidade absoluta, porque em que pese o juiz estadual não ter competência para aquele feito, ele é dotado de jurisdição, então a sentença existiria.

A segunda corrente, contudo, entende que o vício é de inexistência, pois a sentença seria emanada de órgão absolutamente incompetente para a apreciação da causa, de forma que reconhecer a existência desta sentença (a emanada por órgão sem competência constitucional) seria violar a própria Constituição.

Essa segunda corrente se divide com relação aos efeitos dessa sentença inexistente. Alguns autores defendem que apesar de ela ser inexistente, se o órgão do Ministério Público não atacar tal vício por recurso, ou seja, se apenas a defesa recorre, o Tribunal deve reconhecer o vício e absolver o réu. Mas em nome da vedação da reformatio in pejus e do Pacto de São José da Costa Rica, que impede que um indivíduo seja julgado duas vezes pelo mesmo fato (art. 8º, item 4, Decreto 678/1992), a ação não

poderá ser novamente proposta na justiça correta. Ou seja, neste caso, mesmo sendo a sentença inexistente, se absolver o réu ela terá gerado efeitos. Quais efeitos? Impedirá a reapreciação do fato pelo órgão constitucionalmente competente.

Afirmou-se, contudo, que havia uma subdivisão da segunda corrente com relação aos efeitos. E isso porque o STF, apesar de entender que o vício é de inexistência, não extrai qualquer efeito jurídico daí, permitindo que a demanda seja novamente proposta diante de seu juiz natural, pois entende que de ato inexistente nenhum efeito pode ser extraído.

Note-se, por fim, que neste caso também o princípio do promotor natural seria violado, para aqueles que entendem que tal princípio existe, pois a ação penal teria sido proposta por quem não tem atribuição constitucional para tanto.

(XXXIII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL– 2014) *– 2ª Questão –Sobre a interceptação telefônica, responda:*

a) Qual sua natureza jurídica? Pode ser determinada de ofício pelo juiz? E mediante representação da Autoridade Policial, com manifestação contrária do Ministério Público?

b) Por quanto tempo e por quantas vezes pode ser prorrogada?

c) As conversas interceptadas têm que ser integralmente transcritas? Ou podem ser transcritas apenas naquilo que interessar à investigação? Neste último caso, a Defesa pode ter acesso ao conteúdo integral das conversas interceptadas e gravadas?

d) É possível utilizar a conversa gravada como prova em desfavor do interlocutor que não era alvo da medida? E este novo interlocutor pode passar a ser monitorado independentemente de uma nova decisão judicial determinando a interceptação de suas conversas próprias?

e) É possível utilizar as conversas interceptadas como prova emprestada em outros processos, civis ou criminais, caso o Juiz do processo criminal em que foi determinada autorize?

Resposta objetivamente fundamentada.

Autora: Roberta Jorio

Sugestão de Resposta

A questão propõe uma ampla análise do tema interceptação telefônica, norteada pelas indagações que compõem o enunciado. É importante que o candidato associe a análise da Lei n.º 9.296/96 aos conhecimentos oriundos da doutrina e da

jurisprudência para oferecer ao examinador uma visão ampla do instituto em tela. Devem ser abordados e desenvolvidos os seguintes pontos:

a) Trata-se de medida cautelar probatória cuja realização de ofício pelo juiz, apesar de prevista genericamente no art. 3° da Lei 9.296/96, só deve ser admitida depois de inaugurada a ação penal, sob pena de ofensa à imparcialidade do julgador. Havendo representação da autoridade policial, é necessário que o Ministério Público manifeste-se, pois constitui o titular privativo da ação penal, sendo sua a última palavra acerca da produção da prova. Portanto, manifestando-se contrariamente ao pleito formulado pelo delegado de polícia, não poderá o juiz, deste modo, acatá-lo.

b) Segundo o art. 5° da Lei n.° 9.296/96, a diligência não se estenderá por um prazo maior do que 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo. Ocorre que tal previsão fora mitigada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, que, atualmente, admitem tantas renovações quantas forem necessárias para a obtenção da prova.

c) A despeito do que parece constar no § 1° do art. 6° da Lei n.° 9.296/96, a jurisprudência aponta para a desnecessidade de degravação integral das conversas interceptadas, admitindo-se que sejam transcritos apenas os trechos necessários à investigação. Segundo precedentes dos Tribunais Superiores (STJ, HC 278.794/SP), indicando-se a existência de efetivo prejuízo na degravação parcial, pode a defesa pleitear o acesso ao conteúdo integral das conversas interceptadas e gravadas.

d) Havendo evidência em desfavor de interlocutor diverso do alvo da interceptação, tem-se o que a doutrina comumente denomina de encontro fortuito de prova. Neste caso, será possível a utilização deste novo elemento de convicção, desde que o procedimento do qual resultou seja absolutamente regular (good faith exception). Quanto à possibilidade de iniciar-se novo monitoramento independentemente de decisão judicial, a doutrina diverge, prevalecendo a orientação de que a nova prova serve ao início de um procedimento investigatório distinto, sendo, portanto, indispensável novo decreto cautelar para a interceptação telefônica.

e) A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem admitido que apenas o laudo de degravação das conversas interceptadas possa servir como prova emprestada em instruções distintas, pois, nestas condições, assumirá o caráter de prova documental. Frise-se que, segundo as lições de Ada Pelegrini Grinover, o empréstimo da prova depende do preenchimento de dois requisitos essenciais: (i) a participação dos mesmos envolvidos no momento da produção da prova original; e (ii) tenha sido a prova emprestada obtida sob o crivo do contraditório.

Comentário

Em perguntas que envolvam vários itens, é interessante que o candidato aborde, sistemática e separadamente, cada uma das alíneas, independentemente de optar por fazer referência expressa às letras do enunciado ou redigir texto corrido.

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL– 2012)1ª questão –Tendoem vista a modificação ocorrida sobre a possibilidade de participação das partes no interrogatório, é possível que sejam asseguradas perguntas ao advogado e ao Ministério Público no momento em que o réu é inquirido no inquérito policial?

Autor: Eduardo Fonseca

Sugestão de resposta

A persecução penal no processo penal brasileiro pode ser dividida em duas grandes fases: a fase pré-processual e a fase processual. Esta última é aquela que se verifica após a deflagração da ação penal em face do autor do fato criminoso. No direito brasileiro,vige o sistema acusatório durante o curso do processo,que é aquele sistema pelo qual há nítida divisão de atribuições entre acusador, defensor e julgador, além do respeito às garantias do acusado com a observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Assim, apesar do Código de Processo Penal Brasileiropossuir normas nitidamente inquisitórias,influenciado pelo código italiano elaborado durante o governo fascista de Benito Mussolini, deve-se lembrar que tal diploma legal foi impactado com a promulgação e vigência da Constituição da República de 1988, que trouxe diversos direitos e garantias processuais em seu texto, de forma que é possível concluir que, hoje, o sistema vigente no processo penal brasileiro é o acusatório.

Por sua vez, a fase pré-processual é a fase de investigação penal que tem como maior exemplo de aplicação o inquérito policial, que nada mais é do que um procedimento administrativo preliminar e preparatório que tem por objetivo apurar a infração penal e sua autoria para justificar, futuramente, a deflagração da ação penal. Trata-se de procedimento dispensável, não sendo imprescindível a existência de um inquérito policial para que seja iniciado o curso do processo, pois o que se exige para o oferecimento de denúncia/queixa é tão somente a presença de justa causa, com indícios suficientes de autoria e materialidade do delito.

Na fase pré-processual, diferentemente, vige o sistema inquisitorial, haja vista que não há processo propriamente dito, mas tão somente uma investigação. Dessa forma, garantias como a ampla defesa e o contraditório são aplicadas tão somente na fase processual, o que não permite concluir que o investigado será tratado como objeto de direito, mas tão somente que haverá a imposição de limites a tais garantias.

E é exatamente neste aspecto que surge a indagação sobre a possibilidade de participação das partes no interrogatório do investigado em sede policial, com o oferecimento de perguntas por parte do advogado e do membro do Ministério Público.

O art. 188 do CPP, que trata do interrogatório em juízo, estabelece que "*Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante*".

Por outro lado, o art. 6º, inciso V do Código de Processo Penal, ao tratar do interrogatório durante o inquérito policial, diz que "*Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura*".

Merece destaque neste último dispositivo a expressão "no que for aplicável". Isso porque foi dito acima que as fases pré-processual e processual em muito se diferenciam, sendo que naquela vige o sistema inquisitorial, enquanto que nesta está presente o sistema acusatório.

Portanto, tendo em vista que no momento em que o sujeito é interrogado no inquérito policial não é considerado acusado propriamente dito, mas tão somente investigado, não são aplicáveis, nesse momento, as garantias do contraditório e da ampla defesa. Assim, a autoridade policial, responsável pelo interrogatório, não é obrigada a estender ao advogado do investigado a possibilidade de formular perguntas na sua inquirição. Isso porque, repita-se, observa-se nessa fase o sistema inquisitorial e não acusatório.

Por outro lado, no que tange a possibilidade do membro do Ministério Público formular perguntas, o melhor entendimento é aquele que estende ao mesmo tal prerrogativa, na medida em que o inquérito policial, como já dito, tem por objetivo tão somente a formação de justa causa para que o Ministério Público ofereça a denúncia. Ora, sendo o Ministério Público o titular da ação penal e o destinatário das conclusões obtidas no Inquérito Policial, não parece lógico não lhe permitir participar de tal ato.

Nesse sentido, de acordo com tudo que foi exposto, o melhor entendimento a respeito do tema é aquele o qual permite ao membro do MP a formulação de perguntas ao investigado em seu interrogatório em sede policial, negando tal prerrogativa ao advogado daquele, haja vista que nesta fase, por ser inquisitiva, não vigem as garantias que são inerentes à fase processual, onde é aplicado o sistema acusatório.

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL– 2012) 2ª questão

a) Qual é a origem do sistema adotado para inquirição de testemunhas no processo comum do CPP?

b) Existe identidade com algum sistema estrangeiro?

c) É admissível o sistema de reperguntas por qualquer das partes?

d) E na primeira fase do procedimento do júri, qual o procedimento a ser adotado a respeito da inquirição de testemunhas?

RESPOSTA JUSTIFICADA.

Autora: Giselle Grizotti

Sugestão de resposta

a) A Lei 11.690/2008, que alterou o Código de Processo Penal, adotou o sistema do exame cruzado e da inquirição direta, cuja origem é norte-americana. Esse método de perguntas de forma direta pelas partes às testemunhas é adotado, ainda, por países como Inglaterra, Alemanha e Itália. Através desse sistema, a parte que arrolou a testemunha inicia a inquirição desta e formula as perguntas de forma direta, sem intervenção do juiz (exame direto). Após, a testemunha é inquirida pela parte contrária, através de um exame cruzado. Ao final, caso haja necessidade, o juiz pode complementar a inquirição da testemunha sobre os pontos não esclarecidos. Esse sistema está previsto no art. 212 do CPP, alterado pela Lei 11.690/208, o qual prevê expressamente que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, sendo que o juiz poderá complementar a inquirição.

b) O sistema do exame direto e cruzado adotado com a reforma do Código de Processo Penal não é idêntico ao exame cruzado norte-americano (Cross-examination), embora deste se aproxime. Apesar de ambos os sistemas realizarem um exame direto e cruzado, com a participação da parte contrária, os sistemas não são idênticos, já que no sistema do Cross-examination norte-americano a inquirição das testemunhas é função exclusiva das partes, não podendo o magistrado e os jurados realizarem esta tarefa. Registre-se, ainda, que no sistema do Cross-examination o juiz limita-se a presidir o ato, não podendo fazer perguntas de forma supletiva.

c) Sim, é admissível o sistema de reperguntas pelas partes, considerando os princípios do contraditório e da busca pela verdade. Caso o magistrado resolva inquirir as testemunhas, após as partes, deve ser dado a estas o poder de terminar a inquirição. Dessa forma, a parte que arrolou a testemunha repergunta em primeiro lugar e, em seguida, a parte contrária poderá também assim proceder.

d) O procedimento adotado para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é bifásico, escalonado, sendo composto por duas fases. Na primeira fase, haverá o juízo de admissibilidade, em que irá se verificar se o réu será submetido a julgamento ou não pelo Tribunal do Júri. Caso o réu seja pronunciado, será realizada a segunda fase (juízo de mérito), em que os fatos serão apreciados pelos jurados, sob a presidência do juiz-presidente do Tribunal do Júri. Acerca do procedimento adotado na inquirição de testemunha, pode-se dizer que o art. 411 do CPP omite-se em relação à forma de se fazer a inquirição. Diante disso, deve ser aplicada à primeira fase do procedimento do Júri, por analogia, a regra prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, a qual adotou o sistema do exame direto e cruzado. Já durante a instrução plenária do júri (segunda fase), o art. 473 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.689/2008, prevê que o magistrado deve perguntar primeiramente e, após, haverá a inquirição direta pelas partes.

Comentário

Antes da reforma do Código de Processo Penal realizada pela Lei 11.690/2008 não se adotava no Brasil o sistema do exame direto e cruzado, em que as partes perguntam diretamente às testemunhas. Adotava-se o exame judicial ou sistema presidencialista, em que as perguntas eram transmitidas à testemunha pelo magistrado (antigo art. 212 do CPP). A Lei 11.690/2008, ao ter modificado o art. 212 do CPP, passou a adotar o sistema do exame direto e cruzado. Assim preconiza o atual art. 212 do CPP, alterado: "Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)". Já sobre a forma de inquirição das testemunhas durante a instrução plenária do júri, assim dispõe o artigo 473 do CPP: "Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)". Sobre a pergunta direcionada ao candidato acerca do novo sistema de inquirição das testemunhas, verifica-se que o examinador de Processo Penal deste concurso, Dr. Marcellus Polastri, trouxe em sua obra comentários aprofundados a respeito do assunto (in Manual de Processo Penal, 5ª edição, 2010, Editora Lumen Juris, págs. 494/503.

(XXXI CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL -2009) *1ª Questão – Joséfoi procurado para ser citado em abril de 2007, por prática do delito do art.121 do CP e, sendo encontrado, foi citado para ser interrogado, mas por sua contumácia, ou seja, por sua própria vontade não compareceu ao ato de interrogatório e nem constituiu advogado, prosseguindo, assim, o processo, à sua revelia, sendo-lhe nomeado defensor público. Pronunciado, em outubro de 2009, não foi localizado ao ser procurado para intimação da pronúncia. O Magistrado em 05/10/2009 determinou publicação de edital, mas o réu não foi localizado no endereço que constava dos autos. O defensor público peticionou pedindo a suspensão do processo, nos termos do art. 366 do CPP. Autos com vista ao Ministério Público qual deveria ser a promoção?*

Autora: Paula Basílio

Sugestão de resposta

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pelo Promotor de Justiça que essa subscreve, vem se manifestar sobre o requerimento formulado pela defesa do acusado José às fls.

Em que pese a relevância dos argumentos defensivos, manifesta-se o *Parquet* pelo indeferimento do pleito pelas razões que passo a expor.

José foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 121 do Código Penal, razão pela qual foi devidamente citado no mês de abril de 2007, optando, contudo, por não comparecer ao ato de interrogatório designado, assim como se omitiu na constituição do advogado, razão pela qual o processo seguiu à sua revelia, sendo o réu patrocinado pela Defensoria Pública.

De início, cabe destacar que, atualmente, o entendimento que prevalece é que o comparecimento do acusado para seu interrogatório é uma opção sua, que, no exercício da ampla defesa, pode optar por não comparecer ao ato, permitindo que o processo prossiga à sua revelia. Não há que se falar, assim, em condução coercitiva, pois o direito de presença, oriundo da autodefesa, e o direito ao silêncio, consagrado constitucionalmente, englobam o direito de escolha do agente de se fazer presente ou não na audiência.

Superada essa questão, deve ser destacado que, na hipótese, apesar de José não comparecer aos atos processuais e de não constituir advogado, não há que se falar em aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal. Isso porque, prevê o mencionado dispositivo unicamente que o acusado **citado por edital** que não compareça ou constitua advogado terá seu processo suspenso. A citação por edital é uma modalidade de citação ficta, pois não há nessa hipótese certeza de que o acusado efetivamente tomou conhecimento da existência de uma acusação contra si. A ideia do legislador ao estabelecer a atual redação do artigo 366 do Código de Processo Penal foi evitar que determinado processo tenha seguimento, possibilitando uma posterior condenação e até restrição do direito de liberdade, sem que nem mesmo o denunciado tenha conhecimento de que aquele procedimento foi instaurado contra si, prejudicando sua oportunidade de defesa.

No caso, porém, José foi citado pessoalmente e optou por não comparecer aos atos processuais. Assim, desde o começo o denunciado tenha conhecimento da existência de ação penal contra si e lhe foi oportunizada a possibilidade de vir a juízo se defender. A omissão foi uma escolha e não uma ausência de conhecimento da ação. Indevido, dessa forma, falar em suspensão do processo.

Superados os destaques decorrentes da citação de José, passo a analisar a validade da intimação da decisão de pronúncia. A controvérsia existente decorre do fato de que antes da edição da Lei 11.689/2008 não era possível a realização da intimação do réu da pronúncia através de edital, devendo tal ato, se o crime fosse inafiançável, ser realizado pessoalmente. Caso o acusado não fosse encontrado para ser intimado pessoalmente, antes da reforma, o processo ficaria suspenso. Atualmente, não sendo o réu solto encontrado para ser intimado (o réu preso deve ter sua intimação realizada pessoalmente no presídio), poderá a intimação ser realizada através de edital. Não há que se falar em prejuízo para a defesa, pois o réu tinha conhecimento do processo e da obrigação de manter o juízo atualizado de seu endereço. Não sendo possível localizá-lo, a utilização de edital torna-se válida.

A validade da nova previsão legislativa é indiscutível. A controvérsia que se instalou após a inovação e que é de grande relevância para o caso concreto é sobre a possibilidade de essa novidade ser aplicada para fatos anteriores à edição da Lei 11.689/2008.

Uma primeira corrente defende que a norma trazida pelo artigo 420, parágrafo único, do Código de Processo Penal tem conteúdo misto, ou seja, material-processual, de modo que não poderia retroagir para atingir situações pretéritas, sob pena de violar o princípio da legalidade e seu subprincípio da irretroatividade da lei penal prejudicial. O principal argumento daqueles que defendem essa posição é no sentido de que a inovação envolve o direito à ampla defesa, em especial a autodefesa e o direito de presença, de modo que, por envolver garantia constitucional, teria conteúdo de norma material, apesar de prevista no Código de Processo Penal. O direito de liberdade estaria em risco, então a norma não poderia retroagir para atingir situação prévia. A conclusão, então, é que a disposição anterior no sentido de que a intimação pessoal da decisão de pronúncia deveria ser aplicada e o processo ficaria suspenso enquanto essa não fosse realizada.

A segunda posição, contudo, argumenta que a norma é de conteúdo unicamente processual, logo deve ser aplicada de imediato. Prevê o artigo 2º do Código de Processo Penal que a lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos já praticados. Assim, para a lei processual penal, foi adotado pelo sistema brasileiro o princípio do *tempus regit actum*. A lei em vigor no momento do ato deve ser de imediato respeitada, ainda que o fato apurado e julgado tenha ocorrido antes de sua entrada em vigor.

Penso que a segunda posição é a mais adequada a ser adotada na hipótese e destaco que, em que pese tenha conhecimento da existência de decisões em sentido contrário, foi esse o entendimento que prevaleceu no âmbito dos Tribunais Superiores.

A inovação legislativa tem conteúdo processual, de modo que irrelevante o fato de que o crime praticado por José foi realizado antes da entrada em vigor da Lei 11.689/2008. A decisão de pronúncia foi proferida em outubro de 2009, ou seja, quando já vigia a nova redação do artigo 420, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Dessa forma, a decisão do magistrado que determinou a intimação por edital em razão do réu não ter sido encontrado no endereço constante dos autos para ser intimado pessoalmente foi correta. Não há que se falar, então, em suspensão do processo.

A grande consequência da intimação por edital da pronúncia é que pode o processo ter prosseguimento normalmente, sem ser realizada qualquer suspensão, independente de manifestação expressa do acusado no processo, devendo ser aberta oportunidade para que as partes se manifestem sobre diligências, na forma do artigo 422 do Código de Processo Penal. Após, poderá ser designada data para realização da sessão plenária e essa ocorrerá independente do comparecimento do acusado. Dispõe o artigo 457 do CPP que o julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto regularmente intimado. Assim, combinando os artigos 420, parágrafo único, e 457, ambos do CPP, é possível concluir pela possibilidade do chamado "julgamento de cadeira vazia".

O artigo 366, CPP apenas trata das hipóteses de citação do acusado, em nada se confundindo com a intimação da decisão de pronúncia, pois, nesse momento, é de se concluir que o réu tomou conhecimento do processo em momento oportuno.

A solução aqui apresentada somente ficaria prejudicada na hipótese de processo pela prática de fato anterior à Lei 9.271/1996. Este diploma legal inovou o Código de

Processo Penal para prever que o réu citado por edital que não comparecesse ao processo ou constituísse advogado teria ter sua ação penal suspensa. Antes dessa previsão, ainda que a citação fosse realizada por edital e não se pudesse afirmar que o acusado tomou conhecimento da acusação contra si, o processo prosseguiria normalmente à revelia. Essa norma trazida pela lei de 1996, sim, tem conteúdo material e é prejudicial ao acusado, pois suspende também o curso do prazo prescricional. Não deve retroagir, então, para atingir situações pretéritas. Logo, no caso de fato anterior à essa lei, é possível que o processo tenha prosseguido até a pronúncia sem que efetivamente o acusado tivesse conhecimento da acusação. Diante disso, permitir que a intimação da decisão de pronúncia também seja realizada por edital prejudicaria o exercício da ampla defesa. O Superior Tribunal de Justiça, então, excepcionou a aplicação do artigo 420, parágrafo único, do CPP para fatos praticados antes da entrada em vigor da Lei 9.271/1996 e que não tenha ocorrido a citação pessoal.

No caso, contudo, o fato foi praticado em 2007. José foi citado pessoalmente, de modo que efetivamente tinha conhecimento da acusação instaurada contra si. O processo somente correu à sua revelia por uma opção sua. Como deve ser adotada a posição de que a previsão do artigo 420, parágrafo único, CPP tem conteúdo processual, poderá ela ser aplicada. O acusado não manteve o juízo atualizado em relação ao seu endereço, não sendo ele encontrado para ser intimado pessoalmente. Assim, válida a intimação de José da decisão de pronúncia por edital, não havendo razões pela suspensão do processo.

Diante de todo o exposto, manifesta-se o Ministério Público a favor do prosseguimento do feito, sem suspensão do processo, requerendo a concessão de prazo para apresentação das diligências, na forma do artigo 422 do Código de Processo Penal.

Local, data

Assinatura

Comentário

Em uma questão de concurso público, fundamental que o candidato identifique o principal enfoque pretendido pelo examinador para enfrentá-lo diretamente, sem fugir ao tema proposto. Apesar disso, sempre importante que sejam expostos os conhecimentos sobre o tema exigido. Na presente questão, penso que o fundamental era que o candidato demonstrasse ter conhecimento sobre a controvérsia existente sobre a natureza da inovação do artigo 420, parágrafo único, do Código de Processo Penal, concluindo, assim, pela possibilidade ou impossibilidade de aplicá-lo para fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor.

Conforme já demonstrado, uma primeira corrente defende o conteúdo processual-material da previsão, de modo que a norma, por sua natureza mista, estaria sujeita ao princípio da irretroatividade da lei penal prejudicial ao réu. Imediatamente após a inovação legislativa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi vacilante. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ainda encontramos algumas decisões nesse sentido:

0002460-53.2004.8.19.0021 - EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE DES. JOSE AUGUSTO DE ARAUJO NETO - Julgamento: 27/08/2013 - SEGUNDA CAMARA CRIMINAL - EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL, NA MODALIDADE TENTADA. RECURSO OBJETIVANDO A PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO, EM QUE SE RECONHECIA, DE OFÍCIO, A NULIDADE DO FEITO POR FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU, FORAGIDO, DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PRETENSÃO PLAUSÍVEL. FATO OCORRIDO ANTES DO ADVENTO DA LEI N.º 11.689/08, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AOS ARTS. 420, 431 E 457 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMAS DE NATUREZA HÍBRIDA, QUE NÃO PODEM RETROAGIR EM PREJUÍZO DO ACUSADO. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. A nova redação de dispositivos do Código de Processo Penal introduzida pela Lei n.º 11.689, de 09/06/2008, que entrou em vigor em 09/08/2008 estabeleceu a possibilidade de intimação editalícia da decisão de pronúncia do acusado solto que não for encontrado (art. 420 e seu par. único), bem assim passou a permitir, em idêntica situação, que o réu seja intimado por edital para ¿a sessão de instrução e julgamento (art. 431 c.c. o art. 420) e que seja ele, caso não compareça, julgado à revelia pelo Tribunal do Júri (art. 457). 2. Cuidando-se, portanto, de normas de natureza processual e material, eis que influem no curso do prazo prescricional porquanto restará ele interrompido na hipótese de condenação do acusado pelo júri, o que, na hipótese vertente, se sucedeu, é de se reconhecer a irretroatividade dos referidos dispositivos legais, que, por serem mais gravosos, não têm aplicação aos delitos cometidos anteriormente à sua vigência, como ocorre no caso sub examen, impondo-se, assim, a anulação do processo desde a intimação editalícia do acusado da decisão de pronúncia e, consequentemente, de seu julgamento pelo Tribunal do Júri, devendo ser aguardada a sua intimação pessoal da mencionada sentença terminativa para que a ação penal tenha regular prosseguimento, reconhecendo-se, em consequência, a ultra-atividade do disposto nos artigos 413, 414 e 451 do Código de Processo Penal, com a redação em vigor antes do advento da Lei n.º 11.689/08. 3. Recurso provido.

Contudo, não foi essa a posição que prevaleceu nos Tribunais Superiores. O entendimento adotado atualmente, em ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, e no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a norma tem conteúdo processual, devendo ser aplicada de imediato conforme as seguintes decisões:

RHC 46758 / SP - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS - 2014/0070516-7 – Rel. Ministra LAURITA VAZ - T5 - QUINTA TURMA - Publicação 21/08/2014 - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIOQUALIFICADO. FATO OCORRIDO ANTES DA LEI N.º 9.271/1996. RÉU CITADOPESSOALMENTE E INTIMADO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. POSTERIOR FUGA.APLICAÇÃO DO ART. 420, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSOPENAL,COM A REDAÇÃO MODIFICADA DA LEI N.º 11.689/2008. PROCEDÊNCIA.INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIODESPROVIDO.1. À luz do princípio do tempus regit actum, as normas processuaispenais têm aplicação imediata e devem ser aplicadas ainda que ocrime tenha ocorrido em data anterior à sua vigência. Precedente.2. Não se descura que o art. 420, parágrafo único, do Código deProcesso Penal - com redação conferida pela Lei n.º 11.689, de 9dejunho de 2008 -, estabelece que "será intimado por edital o acusadosolto que não for encontrado" (sem grifos no original). Por isso,nahipótese de réu revel, não há nulidade pela citação por edital

dapronúncia ou realização do julgamento plenário sem a sua presença.3. Na hipótese, apesar de o crime ter sido anterior à Lei 9.271/1996, o réu foi citado pessoalmente da denúncia oferecida emoutubro de 1992, apresentou defesa prévia e, após intimado dasentença de pronúncia, interpôs recurso em sentido estrito. Aintimação por edital ocorreu apenas porque o acusado não foilocalizado quando do julgamento pelo Tribunal Júri.4. O Recorrente revel teve ciência prévia da acusação, logo, não háviolação ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.Precedentes.5. Recurso ordinário desprovido.

RHC 37526 / SP - Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - T6 - SEXTA TURMA - Data da Publicação/Fonte - DJe 17/10/2014 - PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOQUALIFICADO. DENÚNCIA. CITAÇÃO PESSOAL. PRONÚNCIA. ART. 420, CPP.APLICABILIDADE IMEDIATA. CONHECIMENTO DA DECISÃO: PESSOAL. ACÓRDÃOAMANTER O DECISUM. LIBELO OFERTADO. NOVEL INTIMAÇÃO FRUSTRADA.DETERMINAÇÃO PARA A EXPEDIÇÃO DE EDITAL. PECHA. NÃO OCORRÊNCIA. SESSÃO PLENÁRIA. INTIMAÇÃO EDITALÍCIA. POSSIBILIDADE. ART. 431 DOESTATUTO PROCESSUAL REPRESSIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃOOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.1. Premente se mostra a pronta aplicação da possibilidade deintimação por edital do réu pronunciado, que se encontra ausente, ateor do art. 420 c.c. o art. 2.º do Código de Processo Penal, com aredação prevista pela Lei n.º 11.689/08, não obstante os fatosimputados serem anteriores à vigência do regramento.2. Na hipótese, observa-se que o recorrente foi citado pessoalmenteda denúncia, bem como intimado da pronúncia, sendo obstado oconhecimento do decisum colegiado que manteve a submissão ao júri edo subsequente libelo acusatório, determinando-se, então, aexpedição de edital.3. A intimação editalícia somente foi determinada após a nãolocalização do increpado para os demais atos processuais, o queensejou, ademais, a decretação da prisão preventiva.4. Apresenta-se, outrossim, possível a intimação ficta para asessãoplenária do júri, com espeque no artigo 431 do Estatuto ProcessualRepressivo, sob o critério tempus regit actum.5. Inexiste vício no procedimento da instância ordinária, eis que orecorrente possuía ciência do processo em seu desfavor, optandopelonão comparecimento aos atos processuais.6. Recurso desprovido.

Ainda a respeito do tema, Damásio:

O art. 420 aplica-se a todos os processos em andamento antes da entrada em vigor da Lei 11.689/2008, que se deve no dia 09 de agosto de 2008, desde que o réu tenha sido citado pessoalmente ou, se citado por edital, que ele e seu defensor tenham comparecido posteriormente. (JESUS, 2010, p. 622)

Apesar de ser bastante adequada a demonstração do conhecimento da controvérsia, o ideal é que sempre o candidato se posicione, adotando a corrente que entende mais adequada e fundamentando sua posição.

Relevante, ainda, conhecer a posição do examinador. Marcellus Polastri Lima, então examinador, por exemplo, não entendia haver qualquer inconstitucionalidade no julgamento em Plenário na ausência do acusado, desde que fosse regularmente citado. Vejamos duas de suas manifestações:

"Mas a grande novidade, sem dúvida, é a possibilidade da realização do julgamento sem a presença do acusado. É que, no sistema anterior o réu deveria estar presente, sendo o delito inafiançável, pois, caso não tivesse sido localizado para intimação da pronúncia, o feito ficaria sobrestado, até a localização do réu, e mesmo se fosse intimado o acusado, se não comparecesse ao julgamento, este não poderia se realizar. Agora, como se viu anteriormente, é possível a intimação editalícia da decisão de pronúncia, ficando o réu de qualquer forma intimado e, assim, poderá ser feito seu julgamento à revelia." (Manual de Processo Penal . 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 771 e 772).

"Outros autores fazem criticas alegando que "é preocupante a possibilidade do acusado ser submetido a um julgamento sem o contato direto com o juiz natural da causa", havendo um descompasso com a Constituição. Porém, como sustentamos supra, não há inconstitucionalidade, pois a citação se dá no inicio da primeira fase, e ali se assegura o conhecimento (ciência) do processo e a conseqüente autodefesa. A crítica feita se referia ao projeto inicial da reforma, em que o recebimento da inicial só se daria com a pronúncia, mas na forma que foi aprovada e sancionada, a citação se dá no início do judicium accusationis, e isso é crucial de ser observado." (LIMA, 2009, p. 177)

(XXXI CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO PROCESSUALPENAL -2009) *2ª Questão - Emsendo um delito falimentar, com pena menor de 02 anos, qual o rito cabível para o julgamento? Como deve ser o procedimento?*

Autor: Lucas Bernardes

Sugestão de resposta

Anteriormente à edição da lei 11.101/05 os crimes falimentares possuíam um rito especial estabelecido nos artigos 503 a 512 do CPP. A lei 11.101/05 revogou os artigos 503 a 512 do CPP e estabeleceu que os crimes falimentares, previstos nos art. 168 a 178 da lei 11.101/05, seguirão o rito sumário (art.531 a 540 do CPP), conforme art. 185 da lei falimentar.

Ocorre que apenas um crime falimentar, omissão de documentos contábeis obrigatórios (art.178 da lei 11.101/05), possui pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, o que admitiria, em tese, à aplicação do rito sumaríssimo, previsto no art. 394, inciso III do CPP, e disciplinado na lei 9.099/95, uma vez que o crime de omissão de dados contábeis se encaixa no conceito de infração de menor potencial ofensivo (art.61 da lei 9.099/95).

Para as infrações de menor potencial ofensivo foi estabelecido um rito simplificado, denominado sumaríssimo, regido pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (art.62 da lei 9.099/95).

No entanto, segundo Marcellus Polastri Lima[4], em sua obra, Manual de Processo Penal, aplica-se aos crimes de falência o rito sumário, mesmo que "a pena seja igual ou menor que dois anos ou igual a quatro, já que se trata de Lei especial que faz tal exigência".

Polastri justifica seu entendimento sustentando que à exigência de aplicação do rito sumário para os crimes da lei de falências está prevista em lei especial, o que derroga a regra geral estabelecida no art.394, inciso III, do CPP.

É importante destacar que a aplicação do rito sumário para o crime previsto no art.178 da lei 11.101/05 não impede à aplicação dos institutos despenalizadores previstos na lei 9.099/95. Nesse sentido, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade dos institutos, aquele que cometeu o crime de omissão de dados contábeis (art.178 da lei 11.101/05) fará jus aos institutos da composição civil dos danos (art.74 da lei 11.101/05); da transação penal (art.76 da lei 9.099/95); e da suspensão condicional do processo (art.89 da lei 9.099/95).

A aplicação do rito sumário ao crime de omissão de dados contábeis não retira o caráter de infração de menor potencial ofensivo deste crime, razão pela qual serão aplicados os institutos despenalizadores da lei 9.099/95 ao crime previsto no art.178 da lei 11.101/05.

---

4. O então examinador.

DIREITO TRIBUTÁRIO

9.1. PROVAS PRELIMINARES

*(**XXXIII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2011**) 20ª questão -Direito Tributário – Diferencie os conceitos de elisão fiscal e evasão fiscal. Resposta objetivamente fundamentada.*

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

A evasão fiscal consiste em comportamento ilícito do sujeito passivo da obrigação tributária, caracterizada pelo uso de meios ilícitos (fraude, dolo, conluio, sonegação fiscal) com a finalidade de ocultar do Fisco a ocorrência do fato gerador concreto e, assim, não pagar tributo devido. A evasão ocorre no momento do fato imponível ou após este. Já a elisão (lícita) fiscal é uma técnica de planejamento tributário e consiste na utilização pelo contribuinte de meios e formas jurídicas lícitas, antes da exteriorização da hipótese de incidência tributária, as quais encerram suporte fático não pressuposto legal da incidência de certo tributo ou, que até permitem a ocorrência de fato gerador, mas de maneira menos onerosa. Trata-se de economia lícita de tributo. Controverte-se sobre se o art.116, parágrafo único do CTN é inconstitucional por ferir a legalidade; se trata, a rigor, de norma antievasiva ou se é constitucional a norma antielisiva a fim de se evitar o abuso de direito.

Comentário 1

O dispositivo citado, conhecido como cláusula antielisão é duramente criticado por parte da doutrina. Eis a redação: "A autoridade administrativa poder desconsiderar atos ou negócios jurídicos com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária". No que respeita ao debate doutrinário acerca da chamada norma antielisiva, vê-se desde a defesa da inconstitucionalidade da disposição em virtude da violação dos princípios da legalidade estrita, passando-se pela posição de que o dispositivo, a rigor, não cuida dos casos de elisão, mas somente de evasão fiscal, por conta do verbo 'dissimular' contido na redação, o que dá a ideia de simulação e fraude, ínsitas ao

caso de evasão. Por derradeiro, existem vozes que admitem a aplicabilidade do dispositivo às hipóteses de elisão, tendo-se por base a adoção do sistema francês e a ponderação de interesses pró-Fisco, objetivando-se a consecução de verdadeira política econômica e tributária voltada à evitação do abuso de direito e ao combate à corrupção.

Note o leitor que ao inserir a informação 'elisão (lícita) fiscal' já se põe em relevo a possibilidade das chamadas elisões ilícitas, as quais são realizadas com abuso de direito ou de forma, conforme se verá em comentário ulterior.

Comentário 2

Veja-se a opinião de Ives Gandra: "Entre os direitos e garantias individuais, que são cláusula pétreas do texto da lei suprema, encontra-se o princípio da estrita legalidade, que é conformado pela tipicidade fechada e reserva absoluta da lei formal.(...) Estou convencido que, tanto quanto a lei complementar n. 104 (norma anti-elisão), como a n. 105 (quebra do sigilo bancário), são inconstitucionais por violarem direitos fundamentais do contribuinte. O seu alvo, todavia, não foi apenas o contribuinte, mas o Poder de decidir do Judiciário (quebra do sigilo) e o Poder de legislar do Congresso (norma anti-elisão). Dois dos poderes da República, a partir dos referidos diplomas, passam a ser sumariamente substituídos pelos agentes fiscais!" (In: A inconstitucionalidade da norma anti-elisão. Disponível em: http://www.academus.pro.br/professor/ivesgranda/artigos_incostitucionalidade.htm)

Comentário 3

Aprofundando o setor que defende a constitucionalidade e legalidade da norma antielisiva, consoante explicação de Fernando Costacurta Valente: "Nesta corrente doutrinária, segundo Luciano Alaor Bogo (2006, p. 234 a 239), a norma geral antielisiva não padece de qualquer vício, restando respaldada pela própria Constituição Federal nos princípios da capacidade contributiva e da isonomia perante a tributação, e não consubstanciando violação a garantias fundamentais do contribuinte. Também tal norma não recepciona os casos de simulação que continuam sendo submetidos ao artigo 149 do Código Tributário Nacional, mas sim apenas os casos de dissimulação. Para Ricardo Lobo Torres a norma "opera no plano da mens legis, impedindo a interpretação dissimulada do Fato Gerador Abstrato, e não a dissimulação dos fatos concretamente ocorridos, como acontece na dissimulação presente na simulação relativa." (TORRES, citado por BOGO, 2006, p. 234).

Para esta corrente, a aqui questionada norma nacional tem como base a norma geral antielisiva francesa. Assim como sua norma inspiradora, a normatividade nacional, quando editada, tinha como fundamento coibir a elisão lícita praticada com abuso de direito (abuso de direito e forma, bem como fraude à lei), no intuito de encobrir a obrigação tributária.

Na presente corrente doutrinária acredita-se que a norma geral antielisiva não afeta o princípio da legalidade e não se utiliza de analogia, tampouco da interpretação econômica, para a cobrança do tributo. (Apud VALENTE, Fernando Costacurta. NORMA GERAL ANTIELISIVA, INAPLICABILIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE? Disponível em: http://tcconline.utp.br/

wp-content/uploads/2012/06/NORMA-GERAL-ANTIELISIVA-INAPLICABILIDADE-OU-INCONSTITUCIONALIDADE.pdf)

Nas palavras do próprio Ricardo Lobo Torres, "a recente regra antielisiva tem as seguintes características: permite à autoridade administrativa requalificar os atos ou negócios praticados, que subsistem para efeitos jurídicos não-tributários; atinge a dissimulação do fato gerador abstrato, para proceder à adequação entre a intentio facti e a intentio juris, o que é característica da elisão, na qual o fingimento se refere à hipótese de incidência, e não no fato concreto, como acontece na simulação relativa ou dissimulação no sentido do direito civil". Acentua, ainda, o autor celebrado que a norma do art. 116, parágrafo único é antielisiva, sim, pois: a) não faria sentido se concluir que o Congresso, legitimamente eleito, tenha se reunido para fins de votar lei inócua (este argumento me em vista um outro, baseado na proposição de que o legislador teria sido inócuo, uma vez que o art. 116, p.único do CTN teria dito o mesmo que o art. 149, VII e 150, parágrafo 4º); b) a norma antielisiva equilibraria a legalidade com o princípio de capacidade contributiva; c) a norma antielisiva se fundamentaria no combate à corrupção e do abuso de direito e na supremacia da substância perante a forma, entre outras proposições. (In: Revista eletrônica de direito administrativo econômico. N.4, nov-dez 2005. Normas gerais antielisivas).

Comentário 4

Para a terceira orientação, consistente em fazer o dispositivo ser aplicável somente para os casos de evasão, a pena de Misabel Abreu Machado Derzi:

O parágrafo único do artigo 116 refere-se à evasão ilícita, pois a simulação absoluta ou relativa (dissimulação), quando oculta a ocorrência do Fato Gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação (preço, por exemplo), viola a lei, configurando verdadeira sonegação. E mais, sempre foram desconsiderados pela autoridade administrativa. (DERZI, citada por BOGO, 2006, p. 241) [Apud VALENTE, Fernando Costacurta. NORMA GERAL ANTIELISIVA, INAPLICABILIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE? Disponível em: http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/NORMA-GERAL-ANTIELISIVA-INAPLICABILIDADE-OU-INCONSTITUCIONALIDADE.pdf]

(XXXII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2011) *20ª questão –Direito Tributário – Dissertesobre os princípios da anterioridade e anterioridade nonagesinal em matéria tributária.*

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

A anterioridade genérica ou anual, enquanto limitação ao poder de tributar prevista no art. 150, III, "b", CRFB/88, consiste na vedação ao Fisco da cobrança de tributo no mesmo exercício financeiro de sua instituição ou majoração. Insere-se nos chamados

direitos de defesa (Abwehrrechte), com natureza de cláusula pétrea e concretiza o valor da segurança jurídica. Os tributos que excepcionam tal limitação são: (i) os impostos de importação, exportação, sobre operações de crédito, seguro e câmbio, sobre produtos industrializados (em função da natureza extrafiscal destes, ligada à regulação político-econômica), (ii) o ICMS sobre combustíveis e lubrificantes sujeitos à incidência unifásica, (iii) os empréstimos compulsórios em caso de guerra e calamidade pública, (iv) o imposto extraordinário de guerra e (v) as contribuições dos arts. 195, parágrafo 6º e do 177, parágrafo 4º, I, b, in fine. A anterioridade nonagesimal ou noventena, enquanto limitação ao poder de tributar decorrente do poder constituinte derivado (EC-42-03), prevista na alínea 'c' do inciso III, art. 150, CR, manifesta o mesmo valor e natureza supra, e consiste na proibição de cobrança pelo Fisco de certos tributos antes de decorrido o prazo de 90 dias do termo a quo da publicação da lei instituidora ou majoradora de tais tributos. As hipóteses de exceção à noventena são: i) a instituição e majoração do IR; (ii) a majoração da base de cálculo do IPVA e do IPTU.

Comentário 1

A resposta acima, quando dada na ocasião da prova, poderia ser mais sintética. Explica-se: optou-se, aqui, por dar o nome dos tributos que excepcionam os princípios mencionados a fim de poupar ao leitor o tempo de consulta à legislação. Quando da prova, porém, bastaria a menção aos dispositivos em si, o que pouparia algumas linhas ao candidato.

Comentário 2

Não obstante o limite de linhas em uma questão preliminar, a pergunta é aberta, pois o examinador deseja uma dissertação sobre o tema. Note o leitor que a resposta contempla várias informações, ainda que de modo resumido: o conceito, a natureza jurídica, o fundamento legal, o valor que orienta os princípios, bem como exceções a estes. No caso da anterioridade nonagesimal, ainda se sublinha a informação de que se trata de fruto do poder constituinte derivado. Em questões desta natureza, cabe ao candidato mencionar o máximo de informações relevantes sobre o assunto.

(XXXI Concurso - PROVA PRELIMINAR -2009) *20ª questão -Direito Tributário - De acordo com a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o contribuinte realiza o depósito judicial com vistas à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, está obrigado o Fisco a lançar o tributo para prevenir a decadência do direito? RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.*

Autora: *Vanessa Gonzalez*

Sugestão de resposta

Revendo a posição pacificada na Corte desde 2005, em recentes decisões[5], o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o depósito judicial do valor questionado tornaria dispensável o ato formal de lançamento por parte do Fisco[6]. Ainda de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, eventuais diferenças não cobertas pelos valores depositados poderão ser lançadas pelo Fisco no prazo de cinco anos, contados da data da conversão dos depósitos em renda.

Comentários

Primeiramente, deve-se ter em mente que o enunciado mencionava posicionamento recente do STJ. A prova ocorreu em meados de 2009, motivo pelo qual foi sugerida a resposta acima.

Para responder à presente questão, importante destacar que em 2005, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão com o julgamento do ERESP nº 572.603/PR[7], ocasião em que entendeu que a presença de uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previstas no art. 151 do CTN - dentre as quais está o depósito judicial - não impediria o lançamento do tributo, especialmente nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, tendo em vista que as causas previstas no art. 151 do CTN não obstam a decadência para a constituição do crédito tributário, mas apenas suspendem a prescrição para a cobrança judicial do crédito tributário.

---

5. 1. O depósito judicial do tributo questionado torna dispensável o ato formal de lançamento por parte do Fisco (REsp 901052 / SP, 1ª S., Min. Castro Meira, DJ de 03.03.2008; EREsp 464343 / DF, 1ª S., Min. José Delgado, DJ 29.10.2007; AGREsp 969579 / SP, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ 31.10.2007; REsp 757311 / SC, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ 18.06.2008).
   2. Embargos de divergência a que se dá provimento.
   (EREsp 671.773/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/06/2010, DJe 03/11/2010)

6. Nesse sentido, vide REsp 901052/SP, Min. Castro Meira, DJ de 03.03.2008; EREsp 464343/DF, Min. José Delgado, DJ 29.10.2007; AGREsp 969579/SP, Min. Castro Meira, DJ 31.10.2007; REsp 757311/SC, Min. Luiz Fux, DJ 18.06.2008; EDcl no REsp nº 736.918, Min. José Delgado, DJ de 03.04.06; REsp 736328, Min. Francisco Falcão, DJ de 26.09.06, REsp 615.303, Min. José Delgado, DJ de 04.04.05.

7. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.
   1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4°, do CTN), que é de cinco anos.
   2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.
   3. A **suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial** impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas **não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito de lançar.**
   4. Embargos de divergência providos. (EREsp 572.603/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2005, DJ 05/09/2005, p. 199)

Assim, o Fisco estaria impedido de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do tributo, mas não estaria impedido de efetuar o lançamento. Diante desse posicionamento, o Fisco estaria obrigado a lançar o tributo para prevenir a decadência.

No entanto, em recentes decisões[8] (prolatadas meses antes da realização da prova), o Superior Tribunal de Justiça passou a entender como desnecessário o ato formal de lançamento, nos casos de depósito judicial do valor questionado nos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

9.2. PROVAS ESPECIALIZADAS

***(XXXIII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO TRIBUTÁRIO – 2014)** 1ª Questão -Emenda Constitucional pode autorizar a cobrança de tributo previamente instituído pelo Município sem previsão na Constituição Federal? Justifique.*

Autora: Bárbara Nascimento

Sugestão de resposta

Não, pois o direito brasileiro não admite o fenômeno da constitucionalização superveniente.

A competência tributária é rigorosamente distribuída na Constituição da República. Quanto aos Municípios, eles podem instituir impostos, taxas, contribuições de melhoria (art. 145, CRFB) e contribuição para custeio da iluminação pública (art. 149-A, CRFB).

Quanto aos impostos, o art. 156 traz taxativamente aqueles que o Município pode cobrar. A instituição de um imposto fora dessas possibilidades (IPTU, ITBI e ISS) seria inconstitucional. Apenas a União pode instituir imposto residual (art. 154, CRFB).

Quanto às demais espécies tributárias no art. 145, ou seja, taxas e contribuição de melhoria, seus requisitos estão expressos na própria CRFB. O Município não pode inventar novas espécies de tributo. Como afirma Luís Roberto Barroso, o poder de tributar é também o poder de destruir, de forma que há uma garantia constitucional do cidadão em face da tributação abusiva do Estado.

8. 1. O depósito judicial do tributo questionado torna dispensável o ato formal de lançamento por parte do Fisco (REsp 901052 / SP, 1ª S., Min. Castro Meira, DJ de 03.03.2008; EREsp 464343 / DF, 1ª S., Min. José Delgado, DJ 29.10.2007; AGREsp 969579 / SP, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ 31.10.2007; REsp 757311 / SC, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ 18.06.2008) .
2. Embargos de divergência a que se dá provimento.
(EREsp 671.773/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/06/2010, DJe 03/11/2010)

Portanto, se o Município viola a competência tributária constitucionalmente estabelecida, seja criando uma espécie tributária nova ou violando as regras que disciplinam as já existentes, sua atuação será inconstitucional. Originalmente inconstitucional. Assim, não poderá uma emenda constitucional posterior constitucionalizar esse tributo.

O STF adota a teoria da nulidade das normas inconstitucionais e entende que a declaração de inconstitucionalidade possui, em regra, efeitos ex tunc (salvo na hipótese de modulação dos efeitos). Então, se a lei nasce inconstitucional, será sempre inconstitucional, não podendo ser constitucionalizada por Emenda futura.

Registre-se que até há entendimento doutrinário em sentido contrário, defendendo que com a possibilidade de modulação de efeitos o STF aproximou-se da teoria da anulabilidade do controle de constitucionalidade defendida por Kelsen, argumentando que o STF poderia permitir que uma lei que nasceu inconstitucional mas se tornou materialmente compatível com a CRFB após uma Emenda pudesse ser considerada válida após essa EC (nunca retroagindo para legitimar o passado), evitando que o Município tivesse que editar uma nova lei, mas o STF não aceita tal tese.

Veja-se o exemplo da Taxa de Iluminação Pública e da COSIP. O STF declarou inconstitucional a TIP (Súmula 670, STF), pois não estavam presentes os requisitos do art. 145, II, da CRFB. Ou seja, não havia um serviço específico e divisível de iluminação pública nem exercício de poder de polícia. Diante disso, puderam os Municípios simplesmente criar uma espécie tributária não prevista na CRFB? Não. Foi necessário vir a EC 39/2002 e acrescentar o art. 149-A à CRFB, permitindo que os Municípios instituíssem a COSIP. Essa Emenda constitucionalizou eventuais leis anteriores que estabelecessem tal contribuição, ainda que com outro nome? Também não, porque não há constitucionalização superveniente para o STF.

(XXXIII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO TRIBUTÁRIO - 2014) *2ª Questão - Discorra sobre a aplicação temporal da lei tributária interpretativa, analisando especificamente a norma do artigo 3º da Lei Complementar 118/05 e sua interpretação jurisprudencial, tendo em vista o prazo prescricional aplicável para o ajuizamento de repetição de indébito, nos casos de tributos lançados por homologação. Resposta fundamentada.*

Autor: Matheus Rezende

Sugestão de resposta

O lançamento por homologação exige que o contribuinte ou responsável tributário declare ao Fisco o fato gerador do tributo, aplique a alíquota sobre a base de cálculo, bem como os demais elementos da obrigação tributária principal e, por fim, realize o pagamento antecipado do tributo. Esse pagamento, por expressa disposição legal tem natureza precária, uma vez que depende de homologação (art. 150, §1°, do CTN). A

legislação fixou um prazo máximo de 05 (cinco) anos para que o Fisco homologasse todos os elementos constitutivos da obrigação e do crédito tributário constituído, sob pena de ocorrência de uma homologação tácita (art. 150, §4º, do CTN). Esse prazo deve ser contado da ocorrência do fato gerador.

Vale ressaltar, entretanto, que essa regra aplica-se, segundo a melhor doutrina, apenas para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação quando há antecipação do pagamento por parte contribuinte ou responsável tributário. Nos casos de dolo, fraude, simulação e quando não houver pagamento do tributo, aplicar-se-á a regra geral da decadência, prevista no art. 173, I, do CTN. Assim, o prazo decadencial para o Fisco constituir o crédito tributário seria também de 05 (cinco) anos, mas contados a partir do primeiro dia do ano seguinte ao qual o tributo poderia ter sido constituído.

Diante dessa peculiaridade dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, no qual não havia pagamento, consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça a intitulada "Tese dos Cinco mais Cinco". Isso porque, segundo o Tribunal da Cidadania, na hipótese de inocorrência do pagamento do tributo, o Fisco não tinha o que homologar. Dessa forma, após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos que a Administração Pública tinha para homologar o pagamento inexistente, ela poderia lançar o tributo de ofício, hipótese em que se iniciaria o prazo do art. 173, I, do CTN. Em resumo, ocorreria uma cumulação dos prazos decadenciais do art. 150, §4º, com o art. 173, I, ambos do CTN. Na prática, o Fisco dispunha de 10 (dez) anos para lançar o tributo e constituir o crédito tributário. Era um entendimento extremamente favorável à Fazenda e desfavorável ao contribuinte.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça modificou o seu entendimento para refutar a "Tese dos 5 + 5" em favor do Fisco, para entender que os prazos dos art. 150, §4º, e art. 173, I, ambos do CTN, não são cumulativos. Eles são independentes. Logo, na sistemática dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, devem ser observadas as seguintes regras:

a) tributo não declarado e não pago: aplica-se a regra geral de decadência (art. 173, I, CTN) - prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

b) tributo declarado e pagamento realizado: aplica-se a regra do art. 150, §4º, do CTN - prazo decadencial para homologação tácita é contado de 05 (cinco) anos da data do fato gerador;

c) tributo declarado e não pago: nesse caso, o STJ sumulou o entendimento de que a simples declaração do contribuinte que reconhece o débito é capaz de constituir o crédito tributário (súmula 436). Estando devidamente constituído, o prazo não será mais de decadência, mas de prescrição. A extinção do crédito pela prescrição será contada a partir do dia após o vencimento para pagamento do tributo.

Por outro lado, havia a "tese dos cinco mais cinco" que era favorável ao contribuinte. Explica-se. Como o pagamento nos tributos sujeitos a lançamento por homologação tem natureza precária, era preciso que o Fisco homologasse ou esperasse o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos para ocorrer a homologação tácita, o que acontecesse

primeiro. Somente após uma dessas providências é que iniciava-se o prazo de repetição do indébito do art. 168, do CTN. O contribuinte dispunha, na prática de 10 (dez) anos para ajuizar a ação de repetição do indébito, quais sejam, 05 anos para que a Administração homologasse o pagamento antecipado e, após, mais 05 (cinco) anos para ajuizar a ação de repetição.

A LC 118/05 estabeleceu em seu art. 3º que nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, muito embora o pagamento tenha natureza precária, esta data passou a ser extremamente relevante para fins de início de contagem do prazo para ajuizar a ação de repetição do indébito.

Com o advento da LC 118/05, houve, expressamente, a antecipação do início da contagem do prazo para ajuizamento da ação de repetição do indébito para o momento em que o pagamento é realizado. Mesmo ainda tendo natureza precária por expressa disposição legal, o pagamento antecipado nos tributos sujeitos a lançamento por homologação provoca a extinção do crédito tributário. Atualmente, o prazo de 05 (cinco) anos para que o contribuinte pleiteie a restituição do valor do tributo pago indevidamente deve ser contado da data do pagamento antecipado. Trata-se, portanto, de regra claramente desfavorável ao contribuinte e vantajosa para o Fisco.

É de se observar que dada a natureza eminentemente interpretativa da norma do art. 3º, da LC 118/05, ela deveria retroagir, nos termos do art. 106, I, do CTN. Segundo este dispositivo, a lei tributária interpretativa pode ser aplicada a fatos ou atos pretéritos, excetuado apenas a interpretação que conduza à aplicação de penalidades. No caso do art. 3º, da LC 118/05, tem-se uma norma tributária genuinamente interpretativa, pois ela teve como objetivo por fim à interpretação jurisprudencial da Tese dos 5 + 5 em favor do contribuinte, que dispunha acerca do prazo para ajuizamento da ação de repetição do indébito tributário.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça resolveu modular os efeitos da aplicação do art. 3º da LC 118/05 de modo que estabeleceu o seguinte entendimento:

1) para os pagamentos antecipados realizados posteriormente à vigência da LC 118/05 (09/06/2005): o prazo para ajuizamento da ação de repetição do indébito é de 05 (cinco) anos, contados da data do pagamento antecipado;

2) para os pagamentos antecipados realizados antes da vigência da LC 118/05 (09/06/2005): deve-se realizar o seguinte procedimento:

2.1) aplicar a Tese dos 5 + 5;

2.2) verificar se a aplicação da Tese dos 5 + 5 não superou 05 (cinco) anos da vigência da LC 118/05 (09/06/2010). Se não houver superado, a Tese dos 5 + 5 continua válida;

2.2.1) Se a aplicação da Tese dos 5 + 5 houver superado 05 (cinco) anos da vigência da LC 118/05 (09/06/2010), aplica-se como data limite para o ajuizamento da ação de repetição do indébito os 05 (cinco) anos da vigência da LC 118/05.

Conclui-se que a Tese dos 5 + 5 encontra-se completamente ultrapassada. Seja para beneficiar o Fisco, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação

sem antecipação do pagamento; seja para beneficiar o contribuinte, nos casos de ação de repetição do indébito para tributos sujeitos a lançamento por homologação com pagamento antecipado.

Comentário 1

É importante saber a diferença entre decadência e prescrição do crédito tributário. Aquela caracteriza-se pela perda do direito de o tributo ser lançado; logo, não haverá o crédito tributário propriamente constituído. Já prescrição é o prazo máximo que o Fisco tem para cobrar - ajuizar a execução fiscal - do crédito tributário já constituído.

Comentário 2

Para aprofundamento sobre a sistemática dos tributos sujeitos a lançamento por homologação para expurgar a "tese dos cinco mais cinco" em favor do Fisco, vide: ALEXANDRE, Ricardo. DIREITO TRIBUTÁRIO ESQUEMATIZADO. Ed. Método. 2013. P. 451-453).

Comentário 3

Para aprofundamento das regras de transição da aplicação do art. 3º, da LC 118/05, vide STJ, REsp 1002932/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009.

Comentário 4

Entender a sistemática dos tributos sujeitos a lançamento por homologação é de extrema relevância, uma vez que é a modalidade de constituição do crédito tributário mais comum e que exige menos trabalho para o Fisco.

Comentário 5

Não esquecer da redação da Súmula 436, do STJ, bastante explorada em concursos, in verbis: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco".

Comentário 6

Embora já expirado o prazo de 05 (cinco) anos da vigência da LC 118/05, a Tese dos 5 + 5 continua a ser explorada pelos concursos públicos, o que demanda conhecimento por parte do candidato. Vide, por exemplo, a questão ter sido explorada no XXXIII Concurso do MPRJ, prova aplicada em 2014.

***(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO TRIBUTÁRIO – 2012)** 1ª questão – Contribuinte foi autuado por pagar a menor o IPTU supostamente devido e não obtém êxito na esfera administrativa. O valor de IPTU a menor exigido a título de principal é de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e a multa aplicada, sob o argumento de reiteração do recolhimento a menor, foi imputada no valor de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais).*

a) Ajuizada a execução fiscal, quais são os instrumentos jurídicos cabíveis paradefesa do contribuinte?

b) Disserte sobre os argumentos jurídicos a serem utilizados na defesa dessecontribuinte em sede judicial.

RESPOSTA JUSTIFICADA.

Autora: Ludimila Rodrigues

Sugestão de resposta

a) Inicialmente, consigne-se que o Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, previsto no art. 156, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possui característica predominantemente fiscal, tratando-se de uma importante fonte de arrecadação municipal. No entanto, por expressa previsão no texto da Carta Magna, pode ser utilizado com finalidade extrafiscal, conforme prevê o art. 182, § 4º, II, CR/88. Na forma do que prevê o art. 32, do Código Tributário Nacional, o IPTU tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, localizado na zona urbana do Município .

A base de cálculo do IPTU, conforme estabelece o art. 33, do CTN, é o valor venal do imóvel, no qual não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel. Observe-se, por relevante, que as alterações da base de cálculo do IPTU não se sujeitam ao princípio da anterioridade nonagesimal, por força do que prevê o art. 150, § 1º, parte final, da CR/88. O Contribuinte desse imposto é o proprietário do imóvel, o titular do domínio útil ou o possuidor a qualquer título, na forma do art. 34, do CTN.

Quanto à forma de constituição do crédito tributário, trata-se de imposto sujeito a lançamento de ofício, uma vez que a autoridade administrativa constitui o crédito tributário relativo ao IPTU utilizando-se das informações que constam do seu banco de dados relativas à propriedade de imóveis na área urbana do Município.

Uma vez ajuizada execução fiscal em face do contribuinte, caberá o oferecimento de Embargos à Execução, no prazo de 30 (trinta) dias, na forma do que prevê o art. 16, § 1º, da lei nº 6.830/80 c/c art. 38, do mesmo diploma legal. Conforme leciona Fredie Didier Jr., "os embargos servem para impugnar o título executivo, a dívida exequenda ou o procedimento executivo. O embargante pode discutir a validade do título, a inexistência da dívida ou um defeito do procedimento executivo, por exemplo."

A teor do que estabelece o art. 16, § 1º, da lei nº 6.830/80, não são admissíveis os embargos do executado antes de estar garantida a execução. No prazo dos embargos, o executado poderá alegar toda matéria útil à defesa, requerendo a produção das provas que entender cabíveis, conforme art. 16, § 2º, da lei nº 6.830.

Um outro instrumento jurídico cabível em defesa do contribuinte em questão é a exceção de pré-executividade ou, como preferem alguns, objeção de pré-executividade. Trata-se de mecanismo que possibilita ao executado a provocação o Judiciário com relação a matérias que impedem o regular prosseguimento da execução fiscal, sem a necessidade de garantir o juízo, o que representa, portanto, uma vantagem em relação aos embargos à execução. Nos termos do que prevê a súmula nº 393, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a exceção de pré-executividade será admissível nas execuções fiscais relativamente às matérias que possam ser conhecidas de ofício e não demandem dilação probatória.

Em se tratando de discussões envolvendo a incidência de multa moratória, uma primeira linha de entendimento é no sentido de que tal matéria demanda dilação probatória, razão pela qual não seria cabível a exceção de pré-executividade. No entanto, há posicionamento jurisprudencial e doutrinário admitindo o instrumento jurídico da exceção de pré-executividade aos casos em questão. Essa segunda linha de entendimento leva considera a desnecessidade de dilação probatória para se aferir se a multa imposta ao contribuinte é ou não proporcional, notadamente após o Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011.

b) O art. 150, da Constituição da República Federativa do Brasil prevê limitações expressas ao poder de tributar, elencando verdadeiras garantias asseguradas aos contribuintes. Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, trata-se de verdadeira cláusula pétrea à luz do que prevê o art. 60, § 4º, IV, da CR/88. Dentre essas garantias, encontra-se o princípio da vedação ao confisco, conforme art. 150, IV, da CR.

O princípio da vedação ao confisco também pode ser denominado como princípio da razoabilidade ou proporcionalidade da carga tributária. Nesse sentido, a ideiaé a de que o poder de tributar seja utilizado de forma razoável, moderada e sem dificultar o exercício de atividades lícitas por parte do contribuinte e o suprimento de suas necessidades básicas.

A grande questão apontada pela doutrina gira em torno da indeterminação do conceito de confisco, o que faz com que fique a cargo do Poder Judiciário o reconhecimento da existência de efeito confiscatório na tributação.

A propósito do tema, vale consignar que, na ADI nº 551-1/RJ, foi declarada a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que previam a possibilidade de a multa consequente do não recolhimento de impostos ou taxas estaduais serem superiores a duas vezes o seu valor e, nos casos de sonegação de impostos ou taxas, não poderiam ser inferiores a cinco vezes o seu valor.

Disso se extrai que o princípio do não confisco deve ser aplicado não apenas aos tributos, mas também às multas tributárias.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a aplicação da multa moratória tem o efeito de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia os tributos aos cofres públicos. Desse modo, para que a multa moratória cumpra seu propósito de desencorajar a elisão fiscal, não poderá ser pífia e, por outro lado, não poderá ter um importe que lhe confira característica confiscatória, o que inviabilizaria, inclusive, o recolhimento de futuros tributos.

No mesmo sentido foi o entendimento tomado no RE nº 833.106 AGR/GO, no qual deu-se provimento ao recurso para assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100% do tributo devido.

Logo, no caso concreto em questão, uma vez que o tributo totaliza o valor de R$ 20.000,00 e a multa foi cobrada no patamar de R$ 40.000,00, tem-se que a multa totaliza o percentual de 200% (duzentos por cento) do valor do tributo, estando em desarmonia com a atual jurisprudência do Supremo no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo, em respeito aos princípios da vedação à utilização do tributo e da multa com efeito de confisco, razoabilidade e proporcionalidade.

Comentários

1) A respeito do que se entende por área urbana do Município, importante trazer à colação o disposto no art. 32, § 1º, do CTB, in verbis:

"Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado."

2) Ainda sobre o conceito dos Embargos à Execução, vale trazer a lição de Humberto Theodoro Júnior, no seguinte sentido: "são os embargos a via para opor-se à execução forçada. Configuram eles incidentes em que o devedor, ou terceiro, procura defender-se dos efeitos da execução, não só visando evitar a deformação dos atos executivos e o descumprimento de regras processuais, como também resguardar direitos materiais supervenientes ou

contrários ao título executivo, capazes de neutralizá-lo ou de reduzir-lhe a eficácia, como pagamento, novação, compensação, remissão ausência de responsabilidade patrimonial etc." (Curso de Direito Processual Civil. 34ª ed., vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 267)

3) Súmula 393, do STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

4) Entendendo pelo não cabimento da exceção de pré-executividade para a discussão de casos tais como o da presente questão, confira-se: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MULTA CONFISCATÓRIA. REDUÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. OBJEÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A via da exceção de pré-executividade é cabível para arguição de matérias de ordem pública, devidamente instruídas com a prova da alegação. 2. O excesso de onerosidade da multa aplicada trata-se de caso que demanda incursão probatória, pelo que resta indevido o manejo da exceção de pré-executividade, sendo questão a ser debatida na via própria, nos termos do art. 16 da Lei nº 6.830/80. 3. Agravo desprovido. (TRF 5, AG 14236220134050000, Julgamento em 16/05/2013, Terceira Turma - sem grifos no original).

(XXXI CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE DIREITO TRIBUTÁRIO - 2010) *1ª questão- Norma que institui a cobrança de tributo municipal sem matriz na Constituição Federal pode ser alvo de emenda constitucional posterior que autorize sua cobrança?*

Autora: Bárbara Nascimento

Sugestão de resposta

Vide 1ª Questão da prova específica de Direito Tributário do XXXIII Concurso.

Comentários

Apesar de formulada com outra estrutura e outras palavras, no mérito a presente questão foi idêntica à 1ª Questão da prova específica de Direito Tributário do XXXIII Concurso. Por esse motivo, remetemos o leitor àquela resposta. Mas deve ser ressaltado que isso demonstra: a) como é importante o estudo de questões anteriores; e b) que o candidato deve perceber que a repetição de questões não necessariamente significará a repetição de respostas.

No caso, entendo que a resposta seria a mesma, contudo é possível haver alterações legislativas ou jurisprudenciais que afetem a solução a ser dada ao caso. Além disso, é possível que o examinador faça ligeiras alterações na pergunta que podem resultar em uma alteração significativa da resposta. O candidato deve ter atenção aos detalhes.

PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

10.1. PROVAS PRELIMINARES

(XXXIII Concurso – PROVA PRELIMINAR – 2014) Questão 18 – Princípios Institucionais do MP - Como se dá o controle da observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, nos casos da atribuição originária do Procurador Geral de Justiça? Resposta objetivamente fundamentada.

Autor: Bruno Rinaldi

Sugestão de resposta

Conforme o disposto no art. 40 da Lei Complementar Estadual n° 006/03, o controle da observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública nos casos citados compete ao Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça. Assim, mediante requerimento de legítimo interessado, poderá o Órgão Especial rever eventual decisão de arquivamento, designando um de seus membros para promover a denúncia. Desse modo, torna-se possível garantir a observância do princípio da obrigatoriedade - o qual, vale lembrar, prevê que, presentes as condições da ação, é obrigatório ao Ministério Público promover a ação penal pública. Por isso, o art. 40 permite que, não observada a obrigatoriedade pelo Procurador-Geral de Justiça, seja revisto tal procedimento.

Comentário

O enunciado em tela aborda um ponto que, usualmente, não é visto no dia-a-dia forense, qual seja, o controle da obrigatoriedade da ação penal pública quando esta incumbir ao PGJ. Trata-se de uma exceção à regra do art. 28, do Código de Processo Penal, uma vez que, neste caso, atua o Procurador-Geral de Justiça como "fiscalizador", ao passo que naquela situação narrada no enunciado ele se enquadra como "fiscalizado". Assim, é necessário observar que a Lei Orgânica do Parquet Fluminense confere ao Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, na forma prescrita, a tarefa em comento.

(XXXIII Concurso - PROVA PRELIMINAR - 2014) *Questão 19 - Princípios Institucionais do MP - O Ministério Público pode intervir em ação de reparação de danos morais proposta contra um de seus membros em razão de sua atuação funcional?*

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

A intervenção é admissível, respeitando-se algumas condicionantes. O Enunciado 17 da Assessoria de Recursos Constitucionais do Procurador Geral de Justiça assevera que o Ministério Público tem interesse jurídico para intervir como custos legis, na forma do art. 82, III do CPC em ação proposta contra seus membros, quando a causa de pedir estiver vinculada à atuação funcional do Promotor ou Procurador de Justiça. Trata-se de interesse institucional. O membro do Ministério Público, no entanto, será civilmente responsável somente quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude (art. 125, parágrafo 2° da LC 106/03). Portanto, a intervenção com base no interesse institucional é possível, mas só em casos de dolo ou fraude na atuação funcional do membro.

(XXXII Concurso - PROVA PRELIMINAR -2011) *18ª questão - Princípios Institucionais do MP - Discorra sobre a possibilidade de atuação do Ministério Público estadual perante o Supremo Tribunal Federal, indicando as normas aplicáveis à hipótese.*

Autor: Michel Zoucas

Sugestão de resposta

A atuação dos Ministérios Públicos Estaduais (MPEs) no STF, que é um Tribunal nacional, é legítima. Sustenta essa conclusão o princípio da unidade (art. 127, § 2°, CRFB/88; art. 1°, P.U., da Lei 8.624/93 e art. 1°, P.U., da LC/RJ 106/03), da autonomia dos MPEs (art. 127, § 2°, CRFB/88; art. 3°, P.U., da Lei 8.624/93 e art. 3°, P.U., da LC/RJ 106/03), o pacto federativo (art. 1°, caput, CRFB/88) e a inexistência de hierarquia entre os MPEs e o Ministério Público da União. Não se ignora o art. 46 da LC 75/93 e que a atuação principal dos MPEs é perante as Justiças Estaduais, mas é preciso ter em mente que o princípio da unidade do Ministério Público se aplica a cada Ministério Público, Estadual ou da União, isoladamente, e que o citado dispositivo rege apenas o Ministério Público Federal. Entender o contrário configuraria afronta à autonomia das Instituições ministeriais e consequente reconhecimento de hierarquia entre elas, o que não é correto. Impediria, também, os MPEs de carrear a um tribunal nacional interesses afetos às atribuições próprias, decorrentes do pacto federativo, condicionando suas pretensões ao prévio crivo do Procurador Geral da República, chefe do MPU, quando tivessem que ser levadas ao STF.

Comentário 1

Precedentes jurisprudenciais: (i) STF, Pleno, Rcl. nº 7.358/SP, Rel Min. Ellen Gracie, julgada 24/02/2011, no qual a citada Corte admitiu a formulação direta de reclamação pelos MPEs, quando se argumente o descumprimento dos comandos de uma súmula vinculantes; (ii) STF, QO no RE nº 593.727, rel. Min. Cézar Peluso, julgada em 21/06/2012, quando foi permitida a sustentação oral pelo Procurador Geral de Justiça em Recurso Extraordinário interposto por MPE e (iii) STJ, Primeira Seção, AgRg no AREsp nº 194.892/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24/10/2012, cujos fundamentos são plenamente aplicáveis para legitima a atuação do MPE também no STF.

Comentário 2

A presente questão foi cobrada em prova preliminar escrita aplicada no dia 04/12/2011 e o julgado destacado no item "(i)" havia sido veiculado no Boletim Informativo do STF nº 617, do mesmo ano. O candidato que conhecesse o julgado teria grande chances de obter uma pontuação muito alta na questão trabalhada, o que demonstra a importância de se estar atualizado com os Boletins Informativos dos Tribunais Superiores publicados, ao menos, nos doze meses anteriores à prova. Não raro, questões desta fase preliminar do certame do MP/RJ têm inspiração em julgados publicados nos citados informativos.

(XXXII Concurso - PROVA PRELIMINAR -2011) *19ª questão - Princípios Institucionais do MP - Pode o membro do MP exercer função em órgão situado fora da estrutura administrativa do parquet? Resposta fundamentada, como indicação das normas aplicáveis à hipótese.*

Autor: Michel Zoucas

Sugestão de resposta

Do art. 128, §5º, II, "d", CRFB/88, art. 44, IV, Lei 8.625/93 e art. 119, IV, da LC/RJ 106/03 se extrai o entendimento de que, em regra, é vedado ao membro do MP, da ativa ou afastado temporariamente em razão de disponibilidade, o exercício de função em órgão situado fora de sua estrutura, salvo uma de magistério. Deve ser priorizada a ratio da vedação para se concluir ela alcança qualquer vínculo com o Poder Público pelo membro do MP, ressalvadas a exceção constitucional, ainda que decorrente de cargo em comissão ou emprego público, o que nos parece correto. Ademais, a vedação é aplicável ao membro do MP e não à Instituição. Nada impede que o Ministério Público, e aí presentado por um de seus membros, participe de reuniões, conselhos e congêneres ligados à sua atividade fim (art. 129, IX, CRFB/88), como prevê, por exemplo, o art. 7º, §4º, da Lei 12.847/2013 e o art. 5º, X, I e II, do Dec. 99.274/90. A vedação trabalhada não abarca os membros do MP que tenham ingressado na Instituição antes da promulgação da

atual Constituição e tenham optado pelo regime jurídico anterior (art. 29, §3°, do ADCT), quando seriam regidos pelo art. 42, II, da LC 40/1981 e art. 75, caput, Lei 8.625/93.

Comentário 1

Menos de dois meses antes da aplicação da prova em que foi cobrada a questão supra, o Boletim Informativo do STF nº 646 noticiou julgado (ADI 3463/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 27.10.2011.) acerca do art. 51 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro ("Art. 51 - Fica criado o Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente, como órgãos normativo, consultivo, deliberativo e controlador da política integrada de assistência à infância e à juventude. Parágrafo único - A lei disporá sobre a organização, composição e funcionamento do Conselho, garantindo a participação de representantes do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, órgãos públicos encarregados da execução da política de atendimento à infância e à juventude, assim como, em igual número, de representantes de organizações populares de defesa dos direitos da criança e do adolescente, legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano"), cujo conhecimento levaria o candidato a estar ambientado com o tema demandado na questão e aumentaria suas chances de sucesso. Mais uma vez se ressalta a necessidade de o candidato ter conhecimentos dos Boletins Informativos dos Tribunais Superiores publicados, ao menos, nos doze meses anteriores à prova.

Comentário 2

Sugestão de leitura: Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. Emerson Garcia. - 4ª ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo, 2014. pp.760/766.

(XXXI Concurso – PROVA PRELIMINAR –2009) *18ª questão – Princípios Institucionais do MP – Os membros do Ministério Público podem ser convocados perante comissões parlamentares de inquérito, na condição de investigados em razão de fatos relativos ao seu exercício funcional?*

Autor: Marco Antonio Reis

Sugestão de resposta

Não obstante existir posição doutrinária no sentido de que a convocação é possível desde que vinculada a atividade irregular do membro, é de se rechaçar tal possibilidade. Em primeiro lugar porque viola o princípio da independência funcional(CRFB/88, art. 127, parágrafo 1°, in fine). Em segundo lugar porque não é atribuição da comissão parlamentar punir os membros do Ministério Público, ressaltando-se que estes possuem foro especial por prerrogativa de função constitucionalmente estabelecido. A competência correicional e disciplinar cabe a cada um dos Ministérios Públicos

estaduais, ao MPF e ao CNMP, cada qual em sua esfera e limites próprios. Por derradeiro, violaria, inclusive, a depender do caso concreto, o sigilo de informações sobre as quais o MP tem o dever de manter (art. 26, parágrafo 2° da Lei 8.625).

(XXXI Concurso – PROVA PRELIMINAR –2009) 19ª questão – Princípios Institucionais do MP – Procurador de Justiça inativo desde 1º de setembro de 2006, dos quadros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – MPRJ, inicia atividade advocatícia perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Em recursos especial e extraordinário por ele interpostos contra acórdão do Tribunal de Justiça fluminense, a Assessoria de Recursos Constitucionais da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial do MPRJ manifesta-se pelo não conhecimento de ambos pela falta de capacidade postulatória e encaminha cópia dos autos à Corregedoria-Geral do MPRJ, para as medidas que entender pertinentes. Recebendo as peças, o Corregedor-Geral instaura processo disciplinar e decide pela aplicação da pena de censura ao mencionado procurador. As providências adotadas estão em conformidade com os dispositivos aplicáveis, quanto à atribuição e ao mérito? Cite-os RESPOSTA OBJETIVAMENTE JUSTIFICADA.

Autor: Leonardo Zulato

Sugestão de resposta

O Corregedor-Geral não pode instaurar diretamente sindicância ou processo disciplinar em face de Procurador de Justiça. Antes, deve representar ao Órgão Especial para que este decida sobre a instauração daqueles (art. 126 c/c art. 19, V da LC estadual n.° 106/2003). O Corregedor-Geral tampouco possui atribuição para impor censura a Procurador de Justiça, cabendo ao Procurador-Geral de Justiça fazê-lo (artigo 136, II, "a" da LC estadual n.° 106/2003). No tocante ao mérito, a conduta do membro inativo viola o artigo 128, §6° c/c o artigo 95, parágrafo único, V, da Constituição da República. Contudo, o membro inativo não está sujeito às sanções disciplinares, tendo em vista que não possui vínculo jurídico com o *Parquet*. A única sanção aplicável ao membro inativo se refere a atos praticados antes da aposentadoria do membro quando o vínculo ainda existia, nos exatos termos do artigo 134, §6° da LC estadual n.° 106/2003.

11.2. PROVAS ESPECIALIZADAS

(XXXIII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – 2014)1ª questão –O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na condição de órgão agente, deflagrou ação judicial na qual havia interesse de incapaz no polo passivo da relação processual. Neste caso,

haverá necessidade de intervenção de outro órgão ministerial? Na hipótese de demanda envolvendo dois incapazes com interesses contrapostos haverá obrigatoriedade de intervenção de dois órgãos do Ministério Público? Resposta fundamentada.

Autor: Bruno Rinaldi

Sugestão de resposta

Em ambas as situações propostas a resposta será negativa, de forma que apenas um órgão do Ministério Público intervirá em cada feito. A justificativa para tanto está nos princípios da Unidade e da Indivisibilidade, insculpidos no artigo 127, §1°, da Constituição da República.

Utiliza-se aqui a conceituação apresentada por Emerson Garcia. Nessa esteira, a Unidade diz respeito à possibilidade de substituição, de alternância do presentante do Ministério Público, sem que isso comprometa a atuação institucional. Em outras palavras, não importa quantos e quais membros oficiem em determinado feito, pois se trata de um só Ministério Público.

Já a indivisibilidade consiste na impossibilidade de criação de órgãos não subordinados administrativamente à Chefia da Instituição (sem prejuízo da independência funcional). Trata-se, pois, de um todo, incindível.

Tomando por base tais conceitos, e já tratando dos casos apresentados, cumpre destacar que o Ministério Público, embora dotado de diversas atribuições, é uma instituição única, que, à luz da teoria da imputação, pratica atos por seus presentantes. Considerando isso, seria até mesmo ilógico determinar, em um mesmo caso concreto, a atuação de dois presentantes.

Tradicionalmente, distingue-se a atuação do Ministério Público nas qualidades de órgão agente e órgão interveniente. Entretanto, considerando que o artigo 127, caput, da Constituição da República, confere à instituição a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, é de se concluir que toda atuação ministerial observará, ainda que reflexa ou implicitamente, o caráter de "custos iuris".

Exemplo disso é a possibilidade, calcada na independência funcional, do Ministério Público opinar, em alegações finais, pela improcedência de ação por ele promovida.

A existência de interesse de incapaz em um processo atrai a atuação do Ministério Público, mas não condiciona o entendimento a ser por ele aplicado. Afinal, o presentante ministerial é dotado de independência funcional. Vale observar que tal ponto foi recentemente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que o Ministério Público pode se posicionar contrariamente ao interesse de incapaz, justamente pelo seu caráter de "custos iuris".

No primeiro caso narrado, o fato do Ministério Público ter deflagrado ação judicial com interesse de incapaz no polo passivo não significa que, ao final, haverá necessariamente uma opinião desfavorável ao incapaz. Além disso, mesmo que haja tal

"opinio", ainda assim não haveria qualquer vício, pois não se pode condicionar o entendimento ministerial aos interesses em jogo.

Na segunda situação, igualmente, não há qualquer vício, tendo em vista os mesmos argumentos acima apresentados.

Ademais, é importante observar que o artigo 7°, da Deliberação OECPJ n° 30/11, enuncia ser desnecessária a atuação, em um mesmo grau de jurisdição, de dois membros do Parquet.

Dessa forma, considerando a Unidade e a Indivisibilidade, bem como a Independência Funcional de que são dotados os órgãos de execução, é de se concluir que apenas um órgão deverá atuar em cada caso.

Comentário

Como sempre, a primeira tarefa a ser feita quando da leitura da questão é a identificação dos temas controvertidos a serem abordados. No caso apresentado, o enunciado é bastante direto, em forma de pergunta. Logo, não há maiores dúvidas acerca do que deve o candidato tratar.

Em ambos os questionamentos, é importante trazer à baila entendimentos doutrinários e/ou jurisprudenciais pertinentes, e, sempre que possível, lastrear a resposta com fundamentos legais.

Percebe-se, aliás, que a questão exige que o candidato aborde princípios institucionais basilares, como a Unidade, a Indivisibilidade e a Independência Funcional. Nesse ponto, é essencial que não se adote um "pressuposto" de que o examinador conhece no que consistem tais princípios, sendo imprescindível uma conceituação.

Ademais, sempre indispensável a precisão terminológica, mostrando à banca conhecimento técnico. Isso se observa, por exemplo, no fato de que o membro do Ministério Público presenta a Instituição, e não a representa.

(XXXIII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - 2014) *2ª questão – É possível ao órgão do Ministério Público buscar tutela judicial para amparar direito individual de pessoa com deficiência física? Resposta fundamentada.*

Autor: *Vanessa Gonzalez*

Sugestão de resposta

Nos termos da Constituição Federal e das Leis que compõe o microssistema processual coletivo, não há dúvidas de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizamento de ações civis públicas na defesa de direitos difusos e coletivos.

A controvérsia surge no tocante aos direitos individuais homogêneos, também chamados de acidentalmente coletivos. Para alguns há legitimidade do *Parquet* para a propositura de ação coletiva nesses casos; para outros o Ministério Público falece de legitimidade pois estaria defendendo direitos individuais e disponíveis, fugindo, assim, às suas funções institucionais.

Ao nosso ver, o Ministério Público possui legitimidade[9] para a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos que, muito embora sejam individuais na essência, merecem a tutela coletiva pela dimensão social que alcançam.

Isso porque, nesses casos, o processo será coletivo até a prolação de sentença condenatória na ação civil pública de conhecimento. Somente a partir da fase de habilitação é que os lesados individuais passarão a ser representados, individualmente, por advogado ou defensor público.

Note-se que não se pode confundir patrimonialidade com disponibilidade, o que é deveras comum nos casos envolvendo direitos individuais homogêneos.

Quando o direito individual atinge um grande número de pessoas e alcança dimensão social, supera-se a nota da disponibilidade (que existia quando do tratamento individual da questão), motivo pelo qual não há como negar a legitimidade do *Parquet* para sua defesa judicial.

Dessa forma, verificamos que é possível ao Ministério Público a defesa de direitos individuais (ainda que homogêneos) de pessoas portadoras de deficiência física, sejam eles indisponíveis ou disponíveis (nesse último caso, desde que possuam relevância social).

No entanto, outra questão de extrema relevância merece destaque: no caso de direito individual, não homogêneo, de pessoa portadora de deficiência física poderia o Ministério Público atuar para defendê-lo?

A doutrina e a jurisprudência dividem-se acerca do tema.

Os que sustentam a ilegitimidade do Ministério Público argumentam que tal defesa fugiria às suas funções institucionais e careceria de previsão legal expressa.

Por outro lado, os que defendem a legitimidade do Ministério Público para, em alguns casos, tutelar de direito individual de um único portador de deficiência, sustentam que tal

---

9. Nesse sentido vale destacar: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar Ação Civil Pública "com o intuito de garantir fornecimento de prótese auditiva a portador de deficiência" (REsp 931.513/RS, Rel. p/ acórdão Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 27/9/10).
2. Agravo não provido.
(AgRg no REsp 1086805/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 15/09/2011)

legitimidade decorre dos artigos 127, *caput* e 129, inciso IX da Constituição Federal e se justifica em razão da hipervulnerabilidade/hipossuficiência de tais pessoas, sempre que elas não possam por si só, nem pelos seus parentes, tutelar seus direitos indisponíveis.

De acordo com a maioria da doutrina e com recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça[10], direitos individuais indisponíveis (p.ex. saúde e vida) de uma única pessoa portadora de deficiência podem ser tutelados pelo Ministério Público, à luz do disposto no art. 127 da Constituição Federal.

Nesses casos, o Ministério Público agiria como substituo processual da pessoa portadora de deficiência, pleiteando em nome próprio direito alheio. A autorização do sistema normativo para essa atuação como substituto processual decorre de norma inserta na própria Constituição da República, dotada de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Por sua vez, no tocante à defesa de direito individual disponível de portador de deficiência física, salvo nas hipóteses já mencionadas de direitos individuais homogêneos, o entendimento majoritário inclina-se pela ilegitimidade do Ministério Público.

(XXXII CONCURSO – PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – 2012) *1ª questão – Otávio, serventuário de Justiça, tem contra si proposta ação de interdição e, citado, não constitui advogado, sendo designado o Ministério Público para representá-lo. Em razão de fatos ocorridos ao tempo em que exercia suas funções regulares, Otávio é arrolado como testemunha em procedimento disciplinar instaurado pela Corregedoria-Geral de Justiça, sendo determinado pelo Corregedor-Geral, presidente do procedimento, ao Procurador-Geral de Justiça que designe o Promotor de Justiça em atuação na ação de interdição para atuar na audiência em que Otávio testemunhará. No curso da audiência é atribuída suposta paternidade a Otávio em relação à criança recém nascida e ainda não civilmente registrada, sendo determinado ao responsável pelo registro civil de pessoas naturais da circunscrição da respectiva maternidade que proceda na forma da Lei nº 8.560/92.*

PERGUNTA-SE:

a) É correta a designação do Ministério Público para representar Otávio nos autos da ação de interdição?

b) Há diferença na qualidade em que se dá a atuação judicial do Ministério Público na ação de interdição de Otávio e nos autos deflagrados a partir do nascimento do seu pretenso filho, com base na Lei nº 8.560/92?

c) É exigível a designação do Promotor de Justiça determinada pelo Poder Judiciário?

10. Nesse sentido, vide EREsp 819010/SP, REsp 700853/RS, EREsp 488427/SP, REsp 984078 / SC, REsp 838978 / MG,

d) A quem cabe decidir acerca da necessidade ou da impossibilidade de intervenção do Ministério Público nos processos, na forma do artigo 82, incisos I a III, c/c art. 84, do Código de Processo Civil?

Autor: Bruno Rinaldi

Sugestão de resposta

A) Sim, a designação é correta, a teor do art. 1.182, §1°, do Código de Processo Civil.

Note-se, por oportuno, que há certa controvérsia em relação à aludida possibilidade. Parte da doutrina entende que o dispositivo em questão não teria sido recepcionado pela Constituição da República de 1988, uma vez que, diante do novo papel institucional que veio com o atual texto constitucional, não haveria uma coadunação deste com a atribuição em comento.

Contudo, invocando aqui o entendimento doutrinário que se contrapõe ao supracitado, há que se observar que o artigo 129, IX, de nossa Bíblia Política, faz com que o rol em questão não seja tido como taxativo. Possível, pois, que a legislação ordinária atribua ao parquet outras atribuições, respeitando-se, evidentemente, as vedações constitucionais.

Nessa perspectiva, resta claro que a normativa contida no Código de Processo Civil não conflita com o perfil constitucional da instituição. Na verdade, há uma correspondência, vez que a defesa do interdito vem por efetivar a defesa pelo MP da pessoa em especial situação de vulnerabilidade, zelando por interesses indisponível, como determina o artigo 127, caput, parte final, da Constituição da República.

Por essa razão, mostra-se correta a designação em tela.

B) Há, em verdade, diferenças e semelhanças entre as situações apresentadas.

Na interdição, vê-se que o Ministério Público se posiciona em um dos lados da relação jurídica, promovendo a tutela do interditando ou se manifestando no interesse deste. Já na investigação de paternidade (não tendo a mesma sido promovida pelo parquet), atua o MP como fiscal da correta aplicação da lei, de maneira equidistante e não necessariamente favorável aos interesses do incapaz - como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

Logo, na interdição, o MP atua como órgão agente, ao passo que na investigação de paternidade a instituição se portará como órgão interveniente.

Contudo, mesmo no caso em que atue como órgão agente, sempre incumbirá ao parquet uma função, ainda que secundária ou reflexa, de guardião do ordenamento jurídico. Isso justifica, assim, que diversas atribuições ministeriais se mantenham mesmo que estando o MP na defesa do interditando (como seria o caso, por exemplo do artigo 34, XXIII, da Lei Complementar Estadual n° 106/03, em que deveria o membro do MP comunicar à OAB qualquer falta observada).

Portanto, é de se observar que há diferenças e também semelhanças nos casos apresentados.

C) Não, é vedado ao Judiciário designar membro do Ministério Público, havendo diversos motivos para tanto.

Primeiramente, é de se destacar que o MP não é subordinado ao Judiciário, sendo tratado na Constituição da República em espaço separado inclusive, dentro das Funções Essenciais à Justiça. Não há qualquer grau de vinculação entre as instituições em questão.

Ademais, o membro do Ministério Público somente pode ser designado pelo Procurador-Geral de Justiça, como se verifica no artigo 11, da Lei Complementar Estadual nº 106/03. E, em regra, essa designação não ocorre casuisticamente, mas sim de maneira geral e abstrata, para funcionar no órgão de execução. Lembre-se, por oportuno, que o membro titular do MP é dotado de inamovibilidade.

Além disso, todos os órgãos jurisdicionais possuem um órgão de execução do Ministério Público com atribuição para neles atuar, em decorrência do Princípio do Promotor Natural. Assim, havendo a necessidade de intervenção do parquet, será este membro que a fará. Afinal, considerando a unidade e a indivisibilidade, o que é essencial é a atuação da instituição, seja por que membro ela ocorrer.

Logo, é inconcebível a designação de membro do MP pelo Poder Judiciário.

D) Nas situações apresentadas, incumbe ao próprio membro do Ministério Público com atribuição para intervir no feito examinar se é ou não caso de atuação institucional. É o que se infere do artigo 6º, da Deliberação nº 30/11 do Órgão Especial do Colégio dos Procuradores de Justiça.

Caso entenda o Promotor de Justiça pela não intervenção e discorde o órgão jurisdicional, pacificou-se na jurisprudência o entendimento que deve ser feita uma analogia com o artigo 28, do Código de Processo Penal, remetendo-se o feito ao Procurador-Geral de Justiça para manifestação.

Comentário

A questão traz um detalhamento fático extenso, mostrando que é exigida do candidato atenção com relação a diversos pontos. Importante, pois, observar de plano quais fatos narrados apresentam aspectos polêmicos, ou mesmo equivocados.

É certo que são formulados quatro questionamentos distintos, devidamente destacados. Com efeito, é essencial que, em atenção a cada um deles, o candidato traga o máximo de informações que consiga incluir na resposta, com precisão terminológica. Afinal, cada detalhe é essencial para demonstrar conhecimento e, por que não, somar pontos.

Frise-se, por oportuno, que o fato do examinador ter dividido a questão em quatro pontos não significa que se espera uma resposta concisa para cada item. A prova em tela é específica, e assim é necessário que em cada pergunta se procure exaurir a temática.

Em tempo, é importante destacar que mais importante que procurar acertar o entendimento adotado pela banca é fundamentar adequadamente a posição apresentada. Lembre-se que o Promotor de Justiça é dotado de independência funcional, mas que, em seu mister, precisa lastrear suas manifestações concretamente. E, certamente, o que é mais importante é averiguar se o candidato ampara sua resposta em aspectos sólidos, isto é, dispositivos normativos, doutrina e/ou jurisprudência.

(XXXII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - 2012) *2ª questão - Emrepresentação pela prorrogação de prisão temporária de indiciado preso, com promoção favoravel do Ministério Público, é correta a decisão de indeferimento sob o fundamento de que as diligências apontadas pela autoridade policial não são imprescindíveis e que já estão presentes indícios suficientes para deflagração da ação penal pública? Como deve promover o Promotor de Justiça ao receber os autos para ciência dessa decisão? RESPOSTA JUSTIFICADA.*

Autor: Bruno Rinaldi

Sugestão de resposta

Não é correta a decisão de indeferimento da prorrogação da prisão temporária que se baseia nos argumentos apresentados, tendo em vista as razões que se passa a demonstrar.

Em primeiro lugar, é imperioso destacar que o titular da ação penal é o Ministério Público, por força do artigo 129, I, da Constituição da República - que, por sinal, expressamente enuncia a natureza privativa dessa atribuição ministerial. Assim, todos os atos praticados na preparação da ação penal a ser deflagrada dizem respeito ao Parquet, em vista do notório caráter acessório neste momento verificado.

Dito isto, é importante lembrar que a prisão temporária é, de acordo com a doutrina majoritária, essencialmente instrumental, isto é, destinada à proteção da própria investigação penal. É o que se observa pela leitura do artigo 1°, I, da Lei n° 7.960/89, que, à luz do entendimento doutrinário prevalente, traz requisito indispensável a toda qualquer decretação de prisão temporária. Vê-se, pois, pela literalidade da norma, que a prisão temporária tem seu cabimento condicionado a ser "imprescindível para as investigações do inquérito policial" - sem prejuízo, evidentemente, da verificação em concreto de "fumus boni iuris", "periculum in mora" e dos requisitos constantes nos incisos III e II, este último se for o caso.

Como visto, o aludido inciso deixa claro que a custódia aqui tratada diz respeito à própria investigação. Além disso, demonstra-se ainda que o cabimento desta espécie de prisão cautelar se atém a um momento pré-processual - até porque, oferecida a denúncia, seria caso de se perquirir a prisão preventiva.

Logo, se a prisão temporária diz respeito a uma atividade que tem por destinatário final o Ministério Público - que oferecerá a denúncia, se for o caso -, é este que deve avaliar se estão presentes os requisitos autorizadores atinentes. Assim, feita a representação pela autoridade policial, é imprescindível que o órgão de execução com atribuição se manifeste, como expressamente determina o artigo 2º, §1º, da Lei nº 7.960/89.

À evidência, este mesmo raciocínio será observado também na prorrogação da prisão temporária, uma vez que está se tratando de um mesmo instituto, apenas em momento posterior.

Logo, se o Promotor de Justiça entende que ainda não é caso de oferecer denúncia, sendo necessário o prosseguimento das investigações, com a prorrogação da prisão temporária, não é dado à autoridade judiciária adentrar neste exame. Tal atitude ofende frontalmente a garantia constitucional da independência funcional, insculpida no artigo 127, §1º, da Constituição da República.

Com efeito, a decisão judicial acerca do pedido de prorrogação do prazo da prisão temporária deve se manter adstrita à análise dos elementos constantes no artigo 1º, da Lei nº 7.960/89. Trata-se, pois, de um juízo de legalidade, jamais de conveniência e oportunidade.

Assim, considerando que, no caso em tela, o juízo pautou sua decisão em argumentos que nada têm a ver com os parâmetros do artigo 1º, da Lei nº 7.960/89, resta clara a sua incorreção.

Recebendo os autos para ciência da decisão, deve o Promotor de Justiça apresentar Recurso em Sentido Estrito, com azo no artigo 581, V, do Código de Processo Penal, valendo-se de uma interpretação extensiva. É importante lembrar que o Livro de Ritos é anterior à Lei de Prisão Temporária, não prevendo, portanto, recurso específico para o caso. Tendo isso em mente, é razoável que se interprete o dispositivo citado extensivamente, haja vista a similitude da situação nele contida, de modo a alcançar a hipótese em exame.

Comentário

Como em todas as questões de prova específica, o candidato deve atentar para os aspectos polêmicos trazidos pelo enunciado, incluindo em sua resposta o maior conteúdo possível, com alta precisão terminológica.

No caso em tela, é essencial identificar o cerne da resposta exigida. E, ao que tudo indica, a presente questão se centra (i) na posição do MP no bojo da ação penal, (ii) na natureza da prisão temporária, e (iii) na atuação do Parquet no contexto desta espécie de custódia cautelar. Imprescindível, pois, que a abordagem trate desses temas.

Além disso, questiona-se do candidato qual a solução concreta a ser empregada, ou seja, o que faria o membro do MP, na prática, ao lidar com o caso apresentado. Deve-se, assim, esclarecer qual é a peça a ser feita - sem, evidentemente, redigi-la.

Por fim, é necessário destacar que a questão traz uma pergunta objetiva, no que toca à correção ou não da decisão. Tendo isso em vista, é aconselhável iniciar a redação com uma resposta a esta indagação, mostrando ao examinador a posição escolhida, fornecendo após a fundamentação para tanto.

(XXXII CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - 2012) *3ª questão - AOuvidoria do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro recebe notícia anônima relatando que em determinado Município o Prefeito desviou, em proveito próprio, expressiva verba destinada à reforma e ampliação de unidade escolar municipal do ensino fundamental, recebida do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF. Encaminhada a representação ao Promotor de Justiça em atuação na Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva com atribuição no respectivo Município, no qual não há sede de Vara Federal, é determinada a notificação do Prefeito reeleito para se manifestar sobre a notícia. Em sua defesa, o mandatário sustenta a prerrogativa do foro privilegiado; que aquela verba recebida não foi aplicada na mencionada obra, que teria sido realizada apenas com recursos do próprio Município, durante sua gestão anterior e já decorridos mais de cinco anos desde a conclusão da empreitada e daquele mandato; por fim, alega que o FUNDEF foi extinto pela Lei nº 11.494/07 e que suas contas daquela gestão foram aprovadas pela Câmara Municipal. Realizadas inspeções pelos Tribunais de Contas da União e do Estado (TCU e TCE), os relatórios de ambos demonstram e comprovam o efetivo desvio de verbas, na época indicada pelo Prefeito, tanto daquelas recebidas do FUNDEF, quanto das do próprio Município, estando a unidade de ensino desativada desde a data prevista para o início da obra. Finalmente, o relatório do TCE relata que irregularidades também foram constatadas na execução de obra em curso em outra unidade escolar municipal, realizada com verbas provenientes de convênio com o Governo Federal.*

DISCORRA

a) Sobre a atribuição e a legitimação dos órgãos de execução do Ministério Público estadual, do Ministério Público Federal e a competência - no âmbito cível e no penal

b) Sobre a prescrição em Improbidade Administrativa imputada a Chefe de Poder Executivo.

Autora: Michelle Ribeiro

Sugestão de resposta

a) Em análise do caso narrado na questão, nos cabe primeiramente definir a natureza do FUNDEF, atual FUNDEB. Trata-se de um fundo de natureza contábil, composto por recursos do próprio Estado, Distrito Federal e Municípios que conta com recursos do Fundo de Participação dos Estados, do Fundo de Participação dos Municípios, do

Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, do Imposto sobre Produtos Industrializados proporcional às exportações, do Imposto de Transmissão *Causa Mortis*, do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural e que **a título de complementação, o FUNDEB poderá receber uma parcela de recursos federais, sempre que, no âmbito de cada Estado, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente**.

Ou seja, trata-se de fundo de composição bipartite, podendo ser tripartite (incluindo verba federal) caso os recursos lá contidos sejam insuficientes, de uso vinculado à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica pública e à valorização dos trabalhadores em educação, incluindo sua condigna remuneração (artigo 2º da Lei nº 11494/2007).

Também nos cabe definir a diferença entre legitimação, legitimidade e atribuição.

Atribuição, para Carlos Roberto Jatahy em sua obra sobre Princípios Institucionais do Ministério Público, é a limitação criada por lei ou por ato do Procurador-Geral de Justiça, dentre as funções institucionais do Ministério Público, para que seus agentes exerçam corretamente seu múnus. Já **legitimidade** é condição da ação, que seria em conceitos gerais a pertinência subjetiva relativa à relação jurídica de direito material descrita na demanda. Por **legitimação**, para aqueles que a distinguem da legitimidade, entende-se que esta é o consenso sociopolítico necessário para posterior atribuição da legitimidade a alguém.

Desta forma, a **legitimidade** é sempre do Ministério Público, cabendo definir se a **atribuição** é do Ministério Público Estadual ou Ministério Público Federal.

No caso narrado, temos os dois âmbitos, o cível e o penal.

No âmbito da atribuição cível, nos termos da decisão recente do STF houve uma mudança de entendimento jurisprudencial. Anteriormente à ACO 1808, o STF na ACO 911 havia determinado que a atribuição para apreciar as questões decorrentes da má administração da verba do FUNDEF seria do Ministério Público Federal, já que a fiscalização da aplicação dos recursos federais é atribuição do Tribunal de Contas da União. Na ACO 1808 houve alteração de entendimento jurisprudencial, fixando a atribuição do MP Estadual para instauração de inquérito civil e competente propositura das ações civis públicas e de improbidade, afirmando que a circunstância de ter o Município recebido complementação do Fundeb com recursos federais não torna a União diretamente responsável por vicissitudes decorrentes da adoção de políticas públicas e práticas gerenciais eventualmente inadequadas por parte dos gestores daquele Município. Contudo, afirmou que havendo desvio ou apropriação dessas verbas diretamente remetidas pela União a título de complementação haveria atribuição do MPF bem como competência da justiça federal (em conformidade com o entendimento da forma da Súmula 208 do STJ).

Já quanto a **atribuição para a persecução penal**, o STF manteve seu entendimento na ACO 1808, apontando o Ministério Público Federal com atribuição para tal. A jurisprudência do Supremo Tribunal assentou a atribuição do Ministério Público Federal para a adoção de medidas judiciais em matéria penal contra gestores responsáveis pela malversação de recursos do Fundef ou Fundeb, independentemente da complementação, ou não,

desses fundos com recursos federais. Na ACO 1109/SP o STF decidiu pela atribuição do MPF, podendo justificá-la em razão do interesse moral no feito. In casu, assume peculiar relevância o papel da União na manutenção e na fiscalização dos recursos do FUNDEF, por isso o seu interesse moral (político-social) em assegurar sua adequada destinação, o que atrai a competência da Justiça Federal, em caráter excepcional, para julgar os crimes praticados em detrimento dessas verbas e a atribuição do Ministério Público Federal para investigar os fatos e propor eventual ação penal (art. 109, IV, CR88).

Contudo, Emerson Garcia em seu livro sobre Organização, atribuições e regime jurídico do Ministério Público, discorda desse posicionamento, afirmando primeiro a concepção de interesse moral poderia atrair para a Justiça Federal o exame de toda e qualquer relação processual que envolva a inobservância de leis editadas pela União; também, diz que as receitas destinadas ao Fundeb não resultam de liberalidade, mas sim de imposição constitucional, o que afasta qualquer interesse da União nesta seara; ainda diz que a educação é dever do Estado, da família e da sociedade, o que demonstra a impossibilidade do sistema federativo ser desconsiderado em prol da prevalência da União; por fim, afirma o jurista que, tratando-se de detrimento de serviço público integralmente prestado por outros entes federados, não há falar em interesse da União.

Sobre verbas repassadas a título de convênios com a União, conforme entendimento do STF, a atribuição para apurar eventuais irregularidades na sua aplicação seria do MPF, já que nesse caso a verba seria especificamente federal e transferida voluntariamente para o Município, tendo fiscalização pelo Tribunal de Contas da União (art. 71, VI da CRFB 88) e, portanto se enquadrando na Súmula nº 208 da Jurisprudência do STJ.

Quanto à **competência**, não se confunde nem com legitimidade nem com atribuição. Esta, nos **processos cíveis**, nos termos da decisão do STF na ACO 1808 foi fixada na Justiça Estadual para os casos em que não haja indícios de crimes, mas tão somente de atos de improbidade, casos esses em que o órgão com atribuição seria o Ministério Público Estadual. No caso da verba desviada ser diretamente federal, a atribuição, para o STF, seria do Ministério Público Federal e nesse caso a jurisprudência se divide quanto a competência. Há julgados do STJ e da Justiça Federal que apontam no sentido de que a mera presença do MPF no polo ativo da demanda atrai a competência para julgamento para a Justiça Federal (CC 100.300/PI STJ, TRF4, AC 2004.04.01.000142-0). Por outro lado, encontramos posicionamento também da Justiça Federal de que mesmo sendo o MPF o legitimado ativo, apenas a presença da União Federal no feito atrairia a competência da Justiça Federa, não bastando a presença do MPF. Nos **processos criminais**, havendo indícios de crime envolvendo verbas federais, a competência é da Justiça Federal em razão do artigo 109, IV da CRFB 88, que firma essa competência em razão de bens, serviços e interesse da União.

Quanto a inexistência de Vara Federal no referido Município, o fato não se enquadra na exceção descrita no artigo 109, §3º da CRFB 88, devendo o feito ser distribuído para a Vara Federal com competência para julgar fatos ocorridos naquele Município (cancelamento da Súmula 183 do STJ), inexistindo prorrogação da competência para a Vara Estadual.

No caso narrado na questão, **sobre o desvio de verbas municipais,** não há controvérsia sobre a atribuição do Ministério Público Estadual, já que não envolve nem bens, nem agente público federal, nem serviço público federal, sendo de atribuição cível e penal do Ministério Público Estadual bem como eventual demanda devendo ser ajuizada na Justiça Estadual.

b) Sobre a prescrição em Improbidade Administrativa imputada a Chefe de Poder Executivo podemos dizer que no caso narrado na questão, o fato do ato de improbidade ter sido cometido no primeiro mandato e de já ter decorrido mais de 5 anos do fato ímprobo não afastam a punibilidade pelo ato de improbidade, pois conforme jurisprudência reiterada dos tribunais superiores há continuidade no exercício da função política e consequente unicidade a atividade exercida pelo agente público quando os mandatos são sucessivos, só se iniciando a contagem do prazo prescricional do artigo 23, I, da ei 8429/92 com o término do segundo mandato, até porque, durante seu exercício o agente público poderia influenciar a apuração dos fatos. A prescrição só teria ocorrido se entre o primeiro e o segundo mandato tiver havido um lapso de afastamento, como para a desincompatibilização para concorrer para outro cargo eletivo, já que nesse caso o afastamento teria sido definitivo, pois vencida ou perdida a segunda eleição ele não retornaria para o cargo que possuía no segundo mandato (ex: governador querendo se eleger para presidente), assim a prescrição correria da data do afastamento e não do fim do mandato formal eletivo.

Comentário 1

A questão traz alguns outros pontos controvertidos, que apesar de não terem sido objeto de questionamento, poderiam ser abordados pelo candidato caso houvesse tempo disponível para tal resposta sem prejudicar o tempo necessário para resposta das demais questões da prova. Poderia ser abordado que Prefeito não possui foro especial por prerrogativa de função, o que não existe com relação às ações de improbidade administrativa ou de ressarcimento de dano ao erário, mas apenas com relação as ações penais conforme o art. 29, X da CRFB 88 e Súmula 702 do STF. Também poderia ser dito que a aprovação das contas do Prefeito pela Câmara de Vereadores não vincula a atuação do Ministério Público, nem mesmo a aprovação das contas pelo Tribunal de Contas do Estado, podendo o Parquet investigar o desvio de verbas e por outros meios alcançar a conclusão de que houve ato de improbidade, ajuizando a ação civil pertinente.

Comentário 2

As decisões mencionadas na resposta eram recentes à época da prova. Atualmente, a decisão mais recente é o julgado da PETIÇÃO 4.885 SÃO PAULO/STF, onde o posicionamento praticamente se manteve, se percebendo, contudo da leitura do inteiro teor do acórdão uma tendência em se manter a atribuição cível com o Ministério Público Estadual enfatizando a descentralização da prestação do serviço educacional.

Comentário 3

Sobre o número dos julgados mencionados na resposta, é natural que o candidato não se recorde no momento da prova, sendo importante mesmo que aponte o órgão jurisdicional que manifesta a posição jurisprudência citada.

(XXXI CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO -2010) *1ª questão - Princípios Institucionais do MP- O Princípio do Promotor Natural é admitido no ordenamento jurídico brasileiro? Há amparo constitucional e/ou legislativo do princípio? Há mitigação a esse princípio? Indique os dispositivos legais eventualmente aplicáveis.*

RESPOSTA INTEGRALMENTE FUNDAMENTADA.

Autor: Marcelo Winter

Sugestão de resposta

O princípio do promotor natural tem por escopo impedir a designação casuística de membros do Ministério Público para atuação em processos específicos, eliminando, assim, a indesejada figura do "promotor de encomenda" ou "acusador de exceção". Saliente-se, por oportuno, que, antes de configurar uma garantia para o próprio Promotor de justiça, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente da sua função, tal princípio caracteriza uma garantia para toda a coletividade, de ver atuando no caso concreto apenas o Promotor de Justiça com atribuição previamente definida a partir de critérios abstratos, estabelecidos em lei.

A Constituição Federal, em seu art. 127, §1°, elenca como princípios institucionais do Ministério Público a independência funcional, a unidade e a indivisibilidade. Todavia, em que pese não haver previsão expressa, doutrina e jurisprudência vislumbram a presença do princípio do promotor natural implicitamente no texto constitucional, como consectário lógico das garantias da inamovibilidade (art. 128, §5°, I, b, CF), da independência funcional (art. 127, §1°, CF), do devido processo legal (art. 5°, LIV, CF), e de que ninguém será processado senão pela autoridade competente (art. 5°, LIII, CF).

Já no plano infraconstitucional, o princípio do promotor natural é extraído das normas contidas nos artigos 10, IX, 'e' e 'g'; 23, §§ 2° e 3°; 24; e 26, §5°, todos da Lei n° 8.625/1993. Particularmente, no âmbito da lei orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - Lei complementar estadual n° 106/2003 - o referido princípio possui previsão nos artigos 11, incisos XIII, 'e', e XIV; 19, I, 'c'; 32, §1°; e 35, §5°.

Em apreço ao princípio do promotor natural, portanto, a divisão interna de atribuições no âmbito do Ministério Público exige prévia delimitação através de critérios objetivos definidos pelo Colégio de Procuradores. Ressalte-se, entretanto, que o princípio sob análise não ostenta caráter absoluto, comportando mitigações, como a

designação excepcional pelo Procurador-Geral de Justiça, o auxílio consentido e a prorrogação de atribuição do Promotor de Justiça na hipótese de interposição de recurso em matéria criminal desacompanhada das respectivas razões recursais.

A primeira mitigação encontra amparo no art. 10, IX, 'g' da Lei nº 8.625/1993, bem como no art. 11, XIII, 'e', da Lei complementar estadual nº 106/2003. Por tal instrumento, o Procurador-Geral de Justiça, por ato excepcional e fundamentado com base em interesse público, poderá designar membro do Ministério Público para exercer as funções processuais afetas a outro membro da Instituição, submetendo sua decisão, contudo, ao controle do Conselho Superior do Ministério Público.

Quanto ao auxílio consentido, impende destacar que o art. 24 da Lei nº 8.625/1993, bem como o art. 11, XIV, da Lei complementar estadual nº 106/2003, admitem que o Promotor de Justiça natural, isto é, aquele que ostenta atribuição previamente delimitada para atuar em determinado processo, consinta em receber auxílio de outros Promotores de Justiça, os quais serão designados pelo Procurador-Geral de Justiça.

Por sua vez, a prorrogação de atribuição do Promotor de Justiça na hipótese de interposição de recurso em matéria criminal desacompanhada das respectivas razões restou regulamentada pela Resolução GPGJ nº 1.521/2009. Uma vez interposto recurso em matéria criminal, caso o Promotor natural que receber os autos para oferecimento das respectivas razões não compartilhar do entendimento manifestado pelo membro que o interpôs, deverá emitir comunicação, no prazo de 24 horas, para que este as ofereça, restando prorrogada, desta maneira, a atribuição do Promotor de Justiça que subscreveu o recurso.

Registre-se, por fim, que, por ostentar natureza jurídica de pressuposto processual de validade, o exercício da atribuição por membro diverso daquele previamente definido como Promotor natural da causa, e que tampouco esteja compreendido nas situações excepcionais supramencionadas, acarretará a nulidade do feito, ressalvada a possibilidade de saneamento através de posterior ratificação pelo Promotor natural.

Comentário 1

No âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a Resolução GPGJ nº 1.570/2010 criou o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO), cuja finalidade é identificar, prevenir e reprimir o crime organizado e as atividades ilícitas especializadas, bem como integrar Promotorias e Procuradorias de Justiça para atuações conjuntas. A atuação do GAECO configura exemplo atual e recorrente de mitigação do princípio do promotor natural, na modalidade auxílio consentido, uma vez que o Grupo oficiará nos procedimentos que recomendem atuação especializada, por solicitação justificada do Promotor investido de atribuição ou, mediante anuência do Promotor Natural, por iniciativa do Coordenador.

Comentário 2

O candidato que pretende prestar o concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deve estar atualizado com a legislação institucional,

bem como demonstrar conhecimento acerca de Enunciados e Súmulas editados pelos órgãos de Administração. Para tanto, recomenda-se ao candidato a aquisição de compilações deste material, como a obra organizada pelo Procurador de Justiça Carlos Roberto de Castro Jatahy, intitulada "Ministério Público - Legislação Institucional", publicada pela Editora Lumen Juris".

(XXXI CONCURSO - PROVA ESCRITA ESPECIALIZADA DE PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO -2010) *2ª questão - Princípios Institucionais do MP -O Princípio da Obrigatoriedade da ação penal pública possui similitude na atuação do Ministério Público contra a improbidade administrativa no âmbito das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva? Indique, se for o caso, os dispositivos legais aplicáveis. RESPOSTA INTEGRALMENTE FUNDAMENTADA.*

Autor: Marcelo Winter

Sugestão de resposta

A Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui ao Ministério Público legitimidade para promover privativamente a ação penal pública, sendo certo que a referida norma encontra repetição no texto do art. 25, III, da Lei nº 8.625/1993. Trata-se de verdadeira garantia fundamental ao indivíduo, na medida em que assegura que apenas um órgão estatal imparcial, comprometido com a satisfação do interesse público e, consequentemente, desprovido de qualquer sentimento revanchista, possa ajuizar ações desta natureza, ressalvada a possibilidade de propositura de ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX, CF).

É cediço que a ação penal pública apresenta, como um de seus princípios regentes, o da obrigatoriedade, conforme se depreende dos artigos 5º e 24 do Código de Processo Penal. E nem poderia ser diferente, diante da indisponibilidade da pretensão punitiva estatal e do monopólio conferido pela Constituição ao Ministério Público com relação à legitimidade para propor a ação penal, ressalvada, uma vez mais, a exceção contida no art. 5º, LIX, da Constituição Federal.

Em que pese o fato de o Ministério Público não ostentar o mesmo monopólio no campo da tutela dos interesses difusos e coletivos, uma vez que os artigos 129, §1º, da CF; 5º da Lei nº 7.347/85; 16 e 17 da Lei nº 8.429/92, permitem a propositura da ação civil pública por terceiros, isso não possui o condão de afastar a incidência do princípio da obrigatoriedade nesta seara.

Muito pelo contrário. Mesmo à míngua de previsão constitucional ou legal expressa acerca do referido princípio, é possível afirmar que, diante da indisponibilidade dos interesses envolvidos - afetos à cidadania e à proteção do patrimônio público - uma vez verificada hipótese concreta de atuação na defesa de tais interesses, o membro do Ministério Público deverá agir, seja instaurando inquérito civil, seja propondo a ação civil pública, quando já existirem elementos de convicção suficientes para tanto. Em outras palavras, somente ser-lhe-á conferida margem de discricionariedade para conduzir

as investigações ou para optar entre os diferentes mecanismos processuais disponíveis para o exercício da função.

Não foi por outra razão que o legislador instituiu, através do art. 9º da Lei nº 7.347/85, rigoroso procedimento para o arquivamento do inquérito civil, o qual deverá contar com a chancela do Conselho Superior do Ministério Público. Saliente-se, por oportuno, que, mesmo nos casos em que o Promotor de Justiça indeferir, de plano, a instauração de inquérito civil, tal decisão será passível de controle pelo Conselho Superior do Ministério Público, mediante provocação da parte interessada, conforme se infere do art. 5º, §2º, da Resolução CNMP nº 23/2007, bem como do art. 8º, §1º, da Resolução GPGJ nº 1.769/2012.

Ademais, a obrigatoriedade da propositura da ação civil pública por ato de improbidade administrativa também pode ser extraída da redação do art. 17, caput, da Lei nº 8.429/92, o qual prevê, em caráter imperativo, que a ação principal será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.

Ressalte-se, por fim, que, apesar da indiscutível similitude entre os princípios da obrigatoriedade aplicáveis à ação penal e à ação civil, para parcela da doutrina, não haveria integral identidade entre ambos. Isso porque, enquanto a obrigatoriedade inerente à ação penal pública comportaria mitigação, notadamente por força do instituto da transação penal, previsto na Lei nº 9.099/1995; a obrigatoriedade relacionada à ação civil pública, não admitiria transação ou conciliação, diante da expressa vedação contida no §1º, do art. 17, da Lei nº 8.429/1992.

Comentário 1

A chamada "mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública" é tema controvertido na doutrina. Para o Promotor de Justiça Marcelo Lessa Bastos (membro titular da banca examinadora de Direito Processual Penal no XXXIII Concurso para ingresso na carreira do MPRJ), a transação penal nada mais é do que uma espécie de exercício da ação penal, uma vez que o Ministério Público não pode dispor da pretensão punitiva estatal, mas tão somente optar entre oferecer a denúncia ou a proposta de aplicação imediata da pena não privativa de liberdade, desde que preenchidos os requisitos objetivos para tanto.

Comentário 2

Conforme já mencionado alhures, o candidato que pretende prestar o concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deve estar atualizado com a legislação institucional, bem como demonstrar conhecimento acerca de Enunciados e Súmulas editados pelos órgãos de Administração.

Com relação ao controle exercido sobre os arquivamentos de inquérito civil, merecem especial atenção os Enunciados exarados pelo Conselho Superior do Ministério Público, na medida em que revelam situações concretas de promoções de arquivamento homologadas, que poderão nortear a elaboração de eventual sobre o tema no certame.